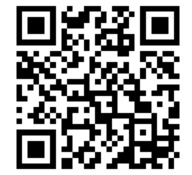
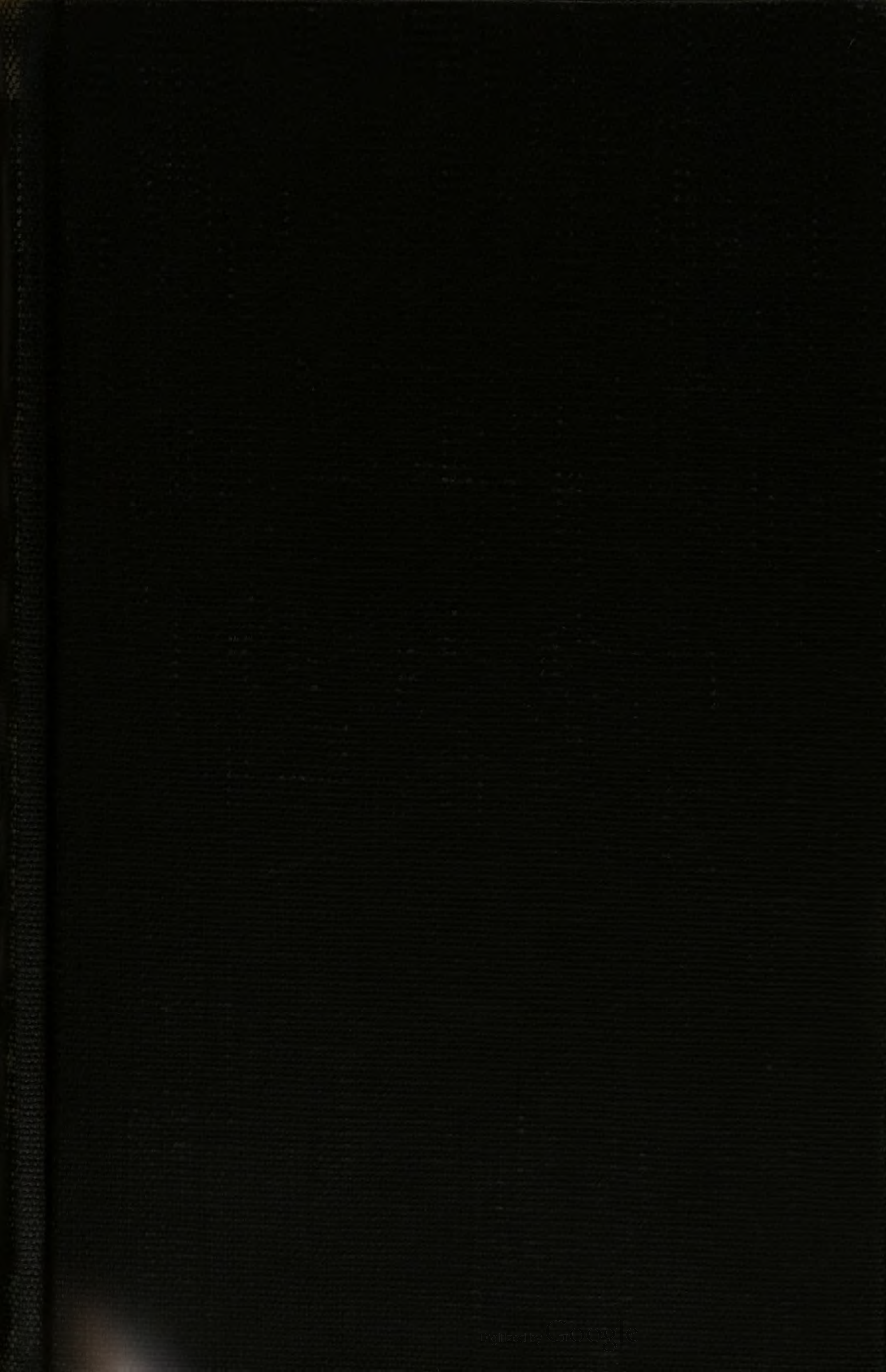





1837
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUÆRIS PENINSULAM AMŒNAM
CIRCUMSPICE
LAW SCHOOL



ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

L. MITTEIS, O. GRADENWITZ, E. SECKEL,
E. HEYMANN, U. STUTZ, A. WERMINGHOFF.

EINUNDVIERZIGSTER BAND
LIV. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1920.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XLI. Bandes.

Romanistische Abteilung.

Alphabetisches Verzeichnis der Mitarbeiter an diesem Bande:

Fridolin Eisele †.

Von

Otto Lenel.

Am 5. Februar d. J. ist, wenige Monate vor Vollendung des 83. Lebensjahres, Fridolin Eisele aus dem Leben geschieden. In ihm ist einer der Begründer der modernen romanistischen Forschung, zugleich ein hervorragender Mitarbeiter dieser Zeitschrift dahingegangen, mir selbst ein hochgeschätzter Fakultätsgenosse. Ich bin der Redaktion dankbar, daß sie mir gestattet hat, ihm diesen Nachruf zu widmen.

Hermann Friedrich Fridolin Eisele war geboren zu Sigmaringen in Hohenzollern am 2. Mai 1837 als Sohn des fürstlich Hohenzollerschen Hof- und Landestierarztes Gabriel Eisele, der sich um die Landwirtschaft des Ländchens erhebliche Verdienste erworben, auch einige veterinärärztliche Schriften verfaßt hat und bei den hohenzollerschen Landwirten in großem Ansehen stand. Dem dankbaren Andenken an den Vater schrieb der Sohn es zu, daß er späterhin als junger Assessor in den preußischen Landtag gewählt wurde, zu dem die hohenzollerschen Lande zwei Abgeordnete stellten.

Seine humanistische Bildung erhielt Eisele auf dem Gymnasium zu Hechingen, das damals acht Jahresklassen umfaßte, von ihm aber in sieben Jahren absolviert wurde, da man ihn von der Untersekunda in die Unterprima übertreten ließ. Auch die mündliche Reifeprüfung wurde ihm erlassen, eine damals nur selten gewährte Vergünstigung. Im Herbst 1854 bezog er die Universität Tübingen, um dort katholische Theologie zu studieren. Schon damals hatte er die akademische Laufbahn in Aussicht genommen, und da er schon auf dem Gymnasium sich hauptsächlich für Sprachen (besonders Griechisch) interessiert hatte, warf er sich nun auf

Orientalia: außer Hebräisch, das schon zum theologischen Studium gehörte, trieb er unter Leitung des Professors Welte auch Arabisch, Syrisch und Armenisch. Außerdem hörte er verschiedene philosophische Kollegien, bei Holland Dantes divina commedia und bei Silcher Harmonielehre. Nur wenige dürften von dieser Vielseitigkeit seiner Bildung etwas gewußt haben.

Erst nach 6 Semestern, im Herbst 1857, gab Eisele das Studium der Theologie auf, was ihm, dem gläubigen Katholiken, nicht leicht geworden sein wird. Er ging nun nach Berlin, um sich dort der Jurisprudenz zu widmen, und erledigte sein akademisches Studium in 5 Semestern, da ihm mit Rücksicht auf die 6 theologischen Semester vom Justizminister auf Grund eines tentamen academicum ein Semester erlassen wurde. Wie aber diese 5 Semester ausgefüllt wurden, ist merkwürdig genug. Er las zunächst für sich die Institutionen des Gaius. Dann hörte er im ersten Semester Institutionen und Rechtsgeschichte bei Rudorff, dessen Vortrag ihn aber wenig befriedigte. Im zweiten und dritten diente er als Freiwilliger und konnte infolgedessen von dem Pandektenkolleg bei Keller nur das Erbrecht hören, das in den Nachmittag fiel. Auch von diesem Kolleg, das nur aus Diktat bestand, war er nicht erbaut, mehr von dem Kellerschen Exegetikum. Als seinen eigentlichen Lehrer hat er selbst mir Puchtas Pandektenlehrbuch bezeichnet. Er ist ein Romanist geworden, ohne von den Pandekten mehr als einen kleinen Teil gehört zu haben. Dagegen hat er noch während seiner Dienstzeit die von der Berliner Fakultät für 1859 gestellte Preisaufgabe „de natura poenarum secundum ius canonicum“ in Konkurrenz mit Ernst Eck gelöst, wobei ihm natürlich sein theologisches Studium zustatten kam. Am 1. April 1859 hatte er sein Freiwilligenjahr beendigt, wurde aber schon im Mai infolge der damaligen Mobilisation wieder eingezogen und brachte so das 4. Semester als Reserveunteroffizier außerhalb Berlins zu. Im 5. beschäftigte ihn die Vorbereitung auf das Auskultatorexamen, das er beim Appellationsgericht Arnsberg ablegte, zu dessen Bezirk damals Hohenzollern gehörte. Ein Studiengang, der ebenso von eisernem Fleiß wie von ungewöhnlicher Begabung zeugt.

Eisele arbeitete zuerst ein Jahr lang bei der Kreisgerichts-deputation in Sigmaringen, ließ sich dann aber ans Kammergericht versetzen und blieb nun in Berlin, wo er das Referendar- und Assessorexamen bestand und sich (am 21. Februar 1866) den Doktor holte. Seine Dissertation handelte „de condicione quae suspendit negotium impleta non retrahenda“; sie erschien dann umgearbeitet in Bd. 50 des Arch. f. ziv. Pr. Bei der Disputation waren Opponenten die Privatdozenten Degenkolb und Lewis und der Gerichts-assessor Eck. Nach dem Friedensschluß nahm er auf ein Jahr Urlaub, ging nach Tübingen und betrieb dort, in der Absicht, sich demnächst für römisches Recht zu habilitieren, Studien auf dem Gebiete des römischen Zivilprozesses. Im Frühjahr 1867 eröffnete sich ihm die Aussicht auf längere kommissarische Beschäftigung in dem benachbarten Hechingen; es galt nun, zwischen Theorie und Praxis zu wählen. Er entschied sich gegen seine Neigung für die letztere, weil ihm — sein Vater war am Neujahrstag 1859 gestorben — zweifelhaft geworden war, ob ihm seine Mittel erlauben würden, längere Zeit als Privatdozent zu leben. In Hechingen wurde er sodann als Assessor am Kreisgericht angestellt und am 1. April 1868 Kreisrichter.

Am Deutsch-Französischen Kriege hat Eisele, der schon 1861 für dienstuntauglich erklärt worden war, nicht teil-genommen. Da bei Gericht damals sehr wenig zu tun war, nahm er die Tübinger Kollektaneen wieder vor und schrieb das Buch „Die materielle Grundlage der exceptio“ (1871), das sofort die Aufmerksamkeit auf ihn lenkte und ihm, dem Praktiker, die Berufung als Ordinarius nach Basel an Stelle des nach Freiburg gehenden Gustav Hartmann eintrug. Man hatte dafür ursprünglich einen anderen Gelehrten ins Auge gefaßt; Eisele hat mir nach fast einem halben Jahrhundert mit behaglichem Schmunzeln erzählt, wie dieser durch eine von ihm herrührende sehr günstige Kritik von Eiseles Buch statt der eigenen die Berufung Eiseles herbeiführte. Der Erfolg war wohlverdient; gründlich und scharf, in durchaus selb-ständiger Beweisführung und in trefflicher Sprache geht diese Schrift der damals fast allgemein anerkannten Exzeptionen-theorie Savignys zu Leibe, weist das historisch Bedingte

in dem römischen Exzeptionsbegriffe nach und kommt zu dem Ergebnis, daß unser heutiges Recht Exzeptionen im römischen Sinne gar nicht mehr kenne.

Eisele hat seiner Baseler Zeit immer dankbar gedacht. Er rühmte das gute Verhältnis zu den Kollegen, auch den schweizerischen, den Fleiß der Studierenden und die überaus anregende praktische Tätigkeit am dortigen Appellationsgericht, wo in Ermangelung eines geschriebenen Rechts die Forderungen der bona fides eine weit freiere und stärkere Berücksichtigung fanden als an irgendeinem deutschen Gericht.

Fünf Semester hat er in Basel gelehrt; dann folgte er (1874) einem Ruf nach Freiburg und fand hier das Endziel seiner äußeren Laufbahn. Wohl gelangten noch öfter Anfragen an ihn, die auf eine eventuelle Berufung abzielten; zur Berufung selbst ist es aber in keinem dieser Fälle gekommen. In Freiburg verlief das Leben für ihn ohne hervorragende Ereignisse. Er erlebte mit den glanzvollen Aufstieg der Universität und insbesondere ihrer rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät, mit dem sein Name unauflöslich verknüpft ist. Die Kollegen wählten ihn zum Prorektor für 1884/85; es war eine freundliche, aber wohlverdiente Fügung, daß in diesem Jahr Freiburg die Immatrikulation des tausendsten Studenten feiern konnte. Daß er von seiten der Regierung die üblichen Ehrungen erhielt, versteht sich von selbst. Seine Lehrtätigkeit hat er bis in hohes Alter fortgesetzt. Am 1. Oktober 1911 trat er in den Ruhestand.

Eiseles literarische Tätigkeit beschränkt sich — mit wenigen Ausnahmen, z. B. des sehr interessanten Prorektoratsprogramms über unverbindlichen Gesetzesinhalt (1885), auf das Gebiet des römischen Rechts. Sie ist aber hier so reichhaltig, daß es unmöglich ist, an dieser Stelle eine Übersicht über sie zu geben. Bis 1900 vergeht kaum ein Jahr ohne ein oder mehrere Zeugnisse seiner Produktivität. Dann verlangsamt sich das Tempo seiner Arbeiten. Aber noch als Siebenundsiebzigjähriger hat er dieser Zeitschrift wertvolle Beiträge geliefert. Erst seit 1914 ruhte seine Feder.

So förderlich Eiseles Arbeiten nach den verschiedensten Richtungen gewesen sind, die stärkste und nachhaltigste

Wirkung hat er m. E. unzweifelhaft durch die Mitbegründung und zugleich auch musterhafte Verwertung der modernen Interpolationenforschung geübt. Schon in seinem Buch über die Kompensation (1876) tritt das textkritische Bestreben mehr als damals üblich hervor; er sucht insbesondere das Rätsel des ipso iure compensatur durch die begründete Annahme von Interpolationen zu lösen. Manchem, so sagt er in der Vorrede, werde es scheinen, es sei darin zuviel geschehen. Es dürfe aber hier das Viel oder Wenig kein Maßstab des Rechten sein, vielmehr es lediglich darauf ankommen, ob eine Annahme der gedachten Art hinlänglich begründet sei. Regelmäßig müsse dafür schon der Nachweis als ausreichend erachtet werden, daß für die Kompilatoren in dem Rechte ihrer Zeit eine Nötigung zur Textänderung vorgelegen habe; werde das Ergebnis durch äußere Spuren bestätigt, um so besser. Man sieht, der damals herrschende träge Konservativismus, der eine Art Vermutung für die Echtheit der Justinianischen Textüberlieferung streiten ließ, ist hier bereits überwunden. Noch aber bleibt seine Textkritik im Einzelnen stecken. Der Gedanke, Digesten und Codex systematisch nach Interpolationen zu durchforschen und allgemeine Kennzeichen dafür festzustellen, ist offenbar nur langsam herangereift. An die Öffentlichkeit trat er damit erst 1886 in der Abhandlung „zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex"; geschrieben war diese Abhandlung aber, wie ich von ihm selbst weiß, bereits 1882. Eisele wirkte hier als Bahnbrecher zusammen mit Gradenwitz, dessen Buch über Interpolationen 1887 erschienen ist. Es tut dem Verdienst beider Gelehrter keinen Eintrag, daß sehr vieles, was sie neu entdeckt zu haben glaubten, schon Jahrhunderte vorher von Anton Faber gefunden war. Fabers Forschungsergebnisse waren leider nicht bloß in Mißkredit, sondern in völlige Vergessenheit geraten und sind erst nachträglich wieder ausgegraben worden. Auch ließ sich Faber gar oft allein durch sein bewunderungswürdig feines Stilgefühl leiten; erst der mit diesem Stilgefühl zusammenwirkende Reichtum des systematisch gesammelten Materials hat die Interpolationenforschung auf eine feste unanfechtbare Basis gestellt. In jener ersten Abhandlung führte Eisele eine Reihe von stilisti-

schen, lexikalischen, syntaktischen Eigentümlichkeiten der Justinianischen Konstitutionen auf, begnügte sich aber damit, den Wert dieser Interpolationskriterien nur an einzelnen besonders frappanten Beispielen aufzuzeigen. Es folgten dann in Bd. 10, 11, 13, 18, 30 dieser Zeitschrift und in den 1896 erschienenen Beiträgen zur römischen Rechtsgeschichte eine Reihe weiterer Studien, die teils die bereits gewonnenen Ergebnisse verwerten, teils aber auch noch anderweite Interpolationskriterien beibringen. Die Interpolationenforschung war ja inzwischen von zahlreichen in- und ausländischen Gelehrten in die Hand genommen worden; jene Arbeiten Eiseles behalten aber eine hervorragende Stellung und haben vielen Untersuchungen anderer zur Grundlage oder zur Stütze gedient. Eisele selbst hat Früchte seiner Forschung in zwei Abhandlungen großen Stils geerntet. Die eine, 1891 im Arch. f. z. Pr. Bd. 77 erschienen, „über Correalität und Solidarität" hat — zusammen mit einer gleichzeitigen Arbeit Ascolis — die romanistische Wissenschaft endgültig von dem Alpdruck der Lehre Ribbentrops befreit, indem nachgewiesen wird, daß in bezug auf die Wirkung der prozessualen Konsumtion zwischen den Korreal- und den (echten) Solidarobligationen im klassischen Recht gar kein Unterschied bestand, der Schein eines solchen Unterschieds nur durch Interpolationen hervorgerufen worden ist. In der zweiten, 1892 in Bd. 79 desselben Archivs veröffentlicht, wird, im Gegensatz zur Lehre Savignys dargetan, daß die Materie der Klagenkonkurrenz ganz und gar von dem Prinzip der prozessualen Konsumtion beherrscht wird. Noch war damit, wie die Bearbeitung der Konkurrenzlehre durch Levy zeigt, nicht das letzte Wort gesprochen, aber doch ein ganz entscheidender Schritt nach vorwärts getan.

Wir dürfen ruhig sagen: wenn die Romanistik heute auf neuen Bahnen wandelt und auf ihnen zu früher nicht geahnten Ergebnissen gelangt ist, so ist Eiseles Forschung mit in erster Linie für diese Entwicklung maßgebend gewesen.

Von Eisele als Lehrer vermag ich aus eigener Erfahrung nichts zu sagen. Als ich nach Freiburg kam, war er bereits siebzig Jahre alt und nicht frei von gewissen Altersbeschwerden. Hinreißender Schwung der Rede lag wohl

nicht in seiner Natur. Ich möchte annehmen, daß seine Vorlesungen mehr durch ihren sachlichen Ernst als durch glänzende Darstellung gewirkt haben werden.

In der Fakultät wie bei der Universität im ganzen genoß Eisele des höchsten Ansehens. Die Pflichten der ihm übertragenen Ämter erfüllte er mit peinlichster Gewissenhaftigkeit. Wo Fakultät oder Senat eine Entscheidung zu treffen hatten, da fiel sein kluges, besonnenes Wort, sein sachlich ruhiges, durch keinerlei persönliche Rücksicht bestimmbares Urteil allezeit schwer in die Wagschale. Man hatte, wenn er sich äußerte, das Gefühl: hier spricht ein ganzer Mann. Als er in den Ruhestand trat, stellte die Fakultät, im Widerspruch mit der in Baden herrschenden Gepflogenheit, bei der Regierung den Antrag, ihm Sitz und Stimme in der Fakultät zu belassen; die Regierung, die kein Präjudiz schaffen wollte, lehnte den Antrag ab; aber er zeigt, welches Vertrauen wir ihm schenkten, welchen Wert wir auf sein Mitwirken legten.

Wir haben in den Kriegsjahren so manche stolze junge Hoffnung der deutschen Wissenschaft begraben, und vor uns Lebenden liegt eine dunkle Zukunft. Wir werden den Greis nicht beklagen, den der Tod nach einem langen arbeitsreichen Leben hinwegnahm. Sein Werk war getan, die Ernte geborgen, und Eiseles Name wird in der romanistischen Wissenschaft unvergessen bleiben.

Chronologisches Verzeichnis[1]) von Eiseles juristischen Schriften.[2])

1866	1	De condicione quae suspendit negotium impleta non retrahenda. Inauguraldissertation. Berlin 1866.
1867	2	Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingung. Arch. f. ziv. Praxis 50, 253 ff.
1871	3	Die materielle Grundlage der Exceptio. Berlin, Weidmann.
"	4	Zur Lehre von den condiciones iuris. Arch. f. ziv. Praxis 54, 109 ff.
1872	5	Zur Lehre von der Compensation. Arch. ziv. Praxis 55, 167 ff.
"	6	Zur Geschichte der Compensation. ZRG. 10, 465 ff.
1873	7	Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu. Akadem. Programm. Basel.
1874	8	Rezension von Birkmeyer, die Exzeptionen im bo. fid. iudicium. KrVJSchr. 16, 501 ff.
1875		Civilistische Kleinigkeiten. Jherings J. 14, 1 ff.
	9	I. Erklärung u. Vereinigung v. D. 6, 2 l. 9 § 4 u. 19, 1 l. 31 § 2.
	10	II. Über die Haftung des malae fid. possessor bei der rei vindicatio für culpa vor der lit. contestatio.
"	11	Zur Geschichte der prozessualen Behandlung der Exzeptionen. Akadem. Antrittsschrift. Berlin, Weidmann.
1876	12	Die Kompensation nach röm. u. gemeinem Recht. Ebenda.
1877	13	Rezension von Lotmar, zur leg. a° sacramento in rem. KrVJSchr. 19, 512 ff.
1878	14	Zur Theorie der Rechtsgeschäfte. Ebenda 20, 1 ff. Besprechung von 1. Lotmar, über causa im röm. Recht (1875), 2. Spaltenstein, das spezifisch juristische Geschäft (1876), 3. Schloßmann, der Vertrag (1876).
1880	15	Zur Lehre vom Miteigentum. Arch. f. ziv. Pr. 63, 27 ff.
1881	16	Cognitur u. Prokuratur. Freiburg u. Tübingen, J. C. B. Mohr.
"	17	Translatio iudicii nach der lit. contestatio. Z. Sav.-St. 2, 138 f.
1882	18	Über Verpfändung von Servituten. Arch. f. ziv. Pr. 65, 113 ff.
1883	19	Der Anspruch des Eigentümers auf den Kaufpreis seiner untergegangenen Sache gegen den gutgläubigen Verkäufer derselben. Ebenda 66, 1 ff.
"	20	Über Realkontrakte, mit besonderer Rücksicht auf das schweizerische Obligationenrecht. Ztschr. f. schweiz. R. N. F. 3.

[1]) Das Verzeichnis ist von Eisele selbst hergestellt. (Anm. der Redakt.).

[2]) Ungedruckt blieb die Abhandlung de natura poenarum secundum ius canonicum, eine von der Berliner Juristenfakultät 1859 gekrönte Preisschrift. Mitbewerber war Ernst Eck.

1884	21	Der Anspruch des gutgläubigen Besitzers aus rechtwidriger Zerstörung oder Beschädigung der von ihm besessenen Sache. Arch. f. ziv. Pr. 67, 42 ff.
„	22	Zur ältesten Cognitur. Z. Sav.-St. 5, 191 ff.
„		Civilistische Kleinigkeiten. Jherings J. 23, 1 ff.
„	23	III. Das Verhältnis von D. 12, 1, 18 pr. zu 41, 1, 36.
„	24	IV. Falsa demonstratio non nocet.
„	25	Rezension von A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung (1883). Gött. gel. Anzeigen 1884 Nr. 20.
1885		Civilistische Kleinigkeiten, Jherings J. 23, 119 ff.
	26	V. ius singulare u. D. 1, 3, 14.
	27	VI. Erbeinsetzung unter Resolutivbedingung.
„	28	Das deutsche Zivilgesetzbuch u. das künftige Privatrechtsstudium in Deutschland. (Prorektoratsrede.) Freiburg, J. C. B. Mohr.
„	29	Unverbindlicher Gesetzesinhalt. (Prorektorratsprogramm, danach mit Zusätzen.) Arch. f. ziv. Pr. 69, 275 ff.
1886	30	Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex. Z. Sav.-St. 7, 15 ff. (Geschrieben 1882.)
„		Civilistische Kleinigkeiten. Jherings J. 24, 480 ff.
	31	VII. actio de pauperie.
	32	VIII. Besitz u. Ersitzung von Sachteilen.
„	33	Rezension von M. Rümelin, Zur Geschichte der Stellvertretung im röm. Civilproceß. KrVJSchr. 28, 529 ff.
„	34	Rezension von G. Kretschmar, Secum pensare, ib 564 ff.
„	35	Rezension von E. Stampe, Das Compensationsverfahren des vorjustinianischen stricti iuris iudicium, ebenda 29, 37 ff.
1887		Civilistische Kleinigkeiten. Jherings J. 25, 298 ff.
	36	IX. Das Verkaufsrecht des Forderungspfandgläubigers.
	37	X. Über den Verkauf einer nichtexistierenden Forderung.
„	38	Über Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Kontrahenten. Jherings J. 25, 415 ff.
„	39	Die actio utilis des Cessionars. (Festschrift für J. W. Planck.) Freiburg, J. C. B. Mohr.
1889	40	Abhandlungen zum röm. Civilproceß. Freiburg, J. C. B. Mohr.
„	41	Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen, I. Beitrag. Z. Sav.-St. 10, 296 ff.
1890	42	Desgleichen, II. Beitrag, das. 11, 1 ff.
„	43	Zu Gaius, das. S. 199 ff.
1891	44	Correalität u. Solidarität. Arch. f. ziv. Pr. 77, 374 ff.
1892	45	Beiträge zur Erkenntnis der Digesten-Interpolationen, III. Beitrag. Z. Sav.-St. 13, 118 ff.
		Civilistische Kleinigkeiten. Jherings J. 31, 360 ff.
„	46	XI. Teilung beweglicher Sachen.

1892	47	XII. Wirkung der Klageverjährung bei Obligationen.
„	48	Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz. Arch. f. ziv. Pr. 79, 327 ff.
1893	49	Querela inofficiosi. Z. Sav.-St. 15, 256 ff.
1895	50	Über die Haftung des einen Korrealschuldners für culpa u. mora des andern. Arch. f. ziv. Pr. 84, 295 ff.
„	51	Über Teilung beweglicher Sachen, das. 305 ff.
„	52	Die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars das. 319 ff.
1896	53	Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte. Freiburg u. Leipzig, J. C. B. Mohr.
„	54	Rezension von C. Appleton, histoire de la compensation (1895). Z. Sav.-St. 17, 348 ff.
1897	55	Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen, IV. Beitrag. das. 18, 1 ff.
1899	56	Ein Senatsconsult von 170 p. Chr. betreffend die Größe des Pflichtteils? Miscelle, das. 20, 234 f.
1900	57	Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae, das. 21, 1 ff.
1905	58	Zum römischen Sklavenrecht, das. 26, 66 ff.
1906	59	Die actio utilis suo nomine des Cessionars, das. 27, 46 ff.
1909	60	Weitere Studien zum Texte der Digesten, das. 30, 99 ff.
1912	61	Studien zur röm. Rechtsgeschichte. Tübingen, J. C. B. Mohr.
1914	62	Exegetica. Z. Sav.-St. 35, 1 ff. I l. 44 D. 18, 1; II l. 3 D. 41, 7; III l. 23 D. 4, 3.
„	63	Miszellen, das. 35, 320 ff. (Septemviralia iudicia; exc. si ea res in iudicio non est; zu D. 16, 1, 22; Pronuntiatio u. Iudicat; replicatio rei secundum actorem iudicatae.

I.

Beiträge zum Codex Theodosianus.

Von

Herrn Professor **Paul Krüger**

in Bonn.

IX.

Zusammenfassung der Ergänzungen des Theodosianus aus dem Justinianus.

Im fünften Beitrag (Bd. 38 S. 20f.) ist darauf hingewiesen, wie die Lücken des Theodosianus in den Büchern, für welche die Überlieferung des echten Theodosianus versagt und nur der Auszug des Breviars zu Gebote steht, sich einigermaßen durch den Justinianus ausfüllen lassen. Im sechsten Beitrag (Bd. 38 S. 28f.) ist ein Versuch der Ergänzung für Buch 4 und 5 gemacht. Die Vollendung dieser Arbeit sollte in einer neuen Ausgabe des Theodosianus gegeben werden; da nun aber bei der Ungunst der Zeitverhältnisse zweifelhaft geworden, ob ich den Druck dieser Ausgabe erleben werde, deren Bearbeitung im wesentlichen druckfertig abgeschlossen ist, so soll wenigstens die gedachte Ergänzung hier so weit durchgeführt werden, daß künftigen Herausgebern die darauf zu verwendende Mühe erspart wird.

Daß diese Aufgabe überwiegend auf die ersten 5 Bücher sich bezieht, aber auch die folgenden Bücher trotz scheinbar lückenloser handschriftlicher Überlieferung mitumfaßt, ist im 5. Beitrag (38, 23f.) nachgewiesen; für letztere wird die Schlußtabelle genügen. Dagegen sollen die Lücken der ersten 3 Bücher klargestellt und die Ausfüllung des 4. und 5. Buches ergänzt werden. Es handelt sich teils um Ergänzung von ganzen Titeln, teils um Nachtragung von Konstitutionen innerhalb der im Breviar erhaltenen Titel. Hinsichtlich der einzelnen Konstitutionen ist bereits (Bd. 38

S. 25) auf die Erschwerung hingewiesen, daß die Titel, welche im Justinianus den Titeln der Bücher 6 u. folg. des Theodosianus entsprechen, vielfach Konstitutionen enthalten, welche nachweislich oder wahrscheinlich den ersten 5 Büchern entlehnt sind, geradeso wie auch zwischen den Titeln der letzten 11 Bücher Verschiebungen stattgefunden haben. Gegenüber dem dadurch hervorgerufenen Zweifel, ob der Ausfall in den ersten 5 oder in den letzten 11 Büchern zu suchen sei, spricht die Wahrscheinlichkeit durchweg für erstere, es müßten denn besondere Gründe für ein Schreiberversehen in den letzten 11 Büchern vorliegen. Dies ist als Richtschnur in den nun folgenden Ergänzungen festgehalten.

Für den Anfang des ersten Buchs bis Titel 16 sind die Lücken in der Reihenfolge der Titel, wie bereits in Bd. 38, 25 hervorgehoben, durch den Ambrosianus (A) und zum Teil durch das Titelverzeichnis des Schlußblattes in der Pariser Handschrift 4413[1]) sowie durch Vergleichung mit der Titelfolge des Justinianus wohl vollständig ausgefüllt. Hinter Titel 16 hat das Breviar nur folgende Rubriken:

VII de officio iudicum civilium
VIII de officio iudicum militarium
VIIII de officio iudicum omnium
X de defensoribus civitatum
XI de adsessoribus domesticis et cancellariis.

Im Parisinus ist die Reihenfolge:

de officio rationalis summarum et rei privatae
de officio praefecti vigilum
de officio tribuni voluptatum
de officio defensoris senatorum
de curatoribus civitatum
de administratiunculis intra urbem
de primiceriis
de adsessoribus.

Weggelassen sind also die Titel 7—10 des Breviars.[2]) Hinzu treten aus dem Turiner Palimpsest (T) der Titel *de procuratoribus* und der in der Handschrift Phillipps 1745 ohne Buch-

[1]) Vgl. Kritische Jahrbücher von Richter u. Schneider I (1837) 665 f.
[2]) Auch Titel 6 des Breviars *de officio rectoris provinciae* fehlt.

angabe überlieferte Titel *XXVII de episcopali definitione,* der sich aber nur im ersten Buch unterbringen läßt. Zweifelhaft war bisher die Beziehung der Randglosse im Vaticanus 886 (V) zu 9, 29, 1: *similis lib. I tit. XXIIII*[1]), weil wir die angezogene Konstitution nicht kennen.[2])

Die obigen ersten 3 Rubriken des Parisinus wurden zuerst von Vesme 1839 vor Titel VII des Breviars als Titel XVII—XVIIII eingeschoben; ihm folgten Hänel[3]) und Mommsen. Den Titel *de defensoribus senatus* (so die Fassung bei Vesme) ergänzte Vesme auf Grund der Turiner Fragmente (T) als Titel XXIII vor dem Breviartitel *X de defensoribus civitatum,* zwischen diesem und dem Breviartitel *XI de adsessoribus* ebenfalls mit Hülfe von T die übrigen Titel als XXV—XXVIII. Dabei war aber noch nicht an den Titel XXVII *de episcopali definitione* gedacht. Dies holte Vesme in den Addenda Spalte XIII nach, indem er ihn vor den Titel *de defensoribus senatus* stellt, die übrigen als XXVIII — XXX einreihte. Hänels irrige Angabe, daß in der erwähnten Randglosse in V die Zahl auf XXXIIII laute, veranlaßte Vesme, hinter XXX eine Lücke anzusetzen, hinter der er dann den Rest der Titel als XXXV—XXXVII vor dem Schlußtitel einschob.

Damit stimmte im wesentlichen Hänels Wiederherstellung der Titelfolge, nur daß er den Titel *de curatoribus civitatum* als Titel XXX vor den vermeintlichen Titel XXXIIII stellte und die übrigen mit den Zahlen XXXV—XXXVII versah. Mommsen war der Sorge um den Titel XXXIIII enthoben und konnte deshalb hinter Titel XXVII die übrigen Titel als XXVIII—XXXIIII fortlaufen lassen. Über diese Ord-

---

[1]) Nicht *XXXIIII,* wie Hänel gelesen hatte, vgl. Bd. 7, 1 S. 140.

[2]) Meine frühere Vermutung, daß 1, 16, 1 gemeint sei (Bd. 7 a. a. O.), muß ich gegenüber der hier gegebenen Unterbringung in Titel 16 zurückziehen; vgl. jetzt unten S. 5.

[3]) Hänel hatte Buch I vor Entdeckung des gedachten Rubrikenverzeichnisses im Druck abgeschlossen; seine Ausgabe enthielt auf S. 165/6 ff. nur die im Breviar stehenden Titel, gezählt als XVII—XXI. Diese Seiten sind hernach durch Kartons mit den Nachträgen aus dem Index Paris. und aus T ersetzt worden, wie Hänel auf Seite 165/6 zu Titel XVII berichtet. Diese Kartons lagen der Novellen-Ausgabe Hänels 1844 bei.

nung der überlieferten Rubriken und Titelbruchstücke hinter Titel XXVII werden wir mit dem zu Gebote stehenden Material nicht hinauskommen. Zweifel könnte man hegen, ob der justinianische Titel 1, 56 *de magistratibus municipalibus* zu ergänzen ist; c. 1 ist aus Theod. 12, 1, 8 entlehnt, c. 2 ist vielleicht nur Ausschnitt aus einer heut nicht mehr zu bestimmenden größeren Konstitution, welche einem anderen Titel angehörte. Die Stellung des Titels *de defensoribus civitatum* im Justinianus hinter dem Titel *de adsessoribus* kommt gegenüber dem abweichenden Zeugnis des Breviars nicht in Betracht; er läßt sich auch von dem Titel *de curatoribus civitatum,* welchen der Index Parisinus dem Titel *de adsessoribus* vorausschickt, nicht trennen.

Es fragt sich nun, ob nicht die Lücke vor Titel XXVII teilweise aus dem Justinianus ergänzt werden kann. Hierbei scheiden die Titel 1, 19—22 des Justinianus aus; sie enthalten zwar einzelne Konstitutionen der Jahre 313—437, doch sind diese zum Teil anderen Titeln des Theodosianus entlehnt[1]), insbesondere dem Titel *de diversis rescriptis* (1, 2⟩[2]), zu welchem sich die obigen als Spezialtitel verhalten, woraus zu schließen ist, daß auch die übrigbleibenden demselben Titel angehört haben.[3]) Die Spezialtitel werden, wie auch anderwärts, aus dem Gregorianus (oder Hermogenianus) stammen. In Frage kommen erst die beiden zwischen *de officio rectoris provinciae* (1, 40) und *de officio praefecti vigilum* (1, 43) stehenden Titel *ut nulli patriae suae administratio sine speciali permissu principis permittatur* und *de quadrimenstruis brevibus.* Im Justinianus enthielten sie nur griechische Konstitutionen. Die des letzteren scheinen von Anastasius zu sein, so daß er für den Theodosianus ausscheidet. Auch für die Konstitution des ersteren Titels ist kein Anhalt gegeben, daß sie in die vom Theodosianus umfaßte Zeit falle; die Ergänzung dieses Titels scheint jedoch deswegen geboten, weil im Just. 9, 29, 3 eine Konstitution steht, welche kaum in einem anderen Titel unterzubringen ist.[4])

---

[1]) 1, 21, 2. 3. [2]) 1, 19, 2. 8. 1, 20, 1. 1, 22, 2.

[3]) 1, 19, 3. 5—8. 1, 22, 3. 5.

[4]) Die anderen beiden Konstitutionen des Just. 9, 29 stammen aus Th. 1, 6, 9 und 16, 2, 25.

Ebenso steht es mit dem Titel *de officio praefecti annonae* (Just. 1, 44). Aus ihm scheint Just. 12, 58, 2 ebenso ausgeschieden zu sein, wie c. 1 desselben Titels aus Th. 1, 6, 7; der Titel wäre also entsprechend der Folge im Just. hinter *de officio praefecti vigilum* einzutragen.

Dem Titel *de defensoribus civitatum* gehen im Justinianus noch zwei vorauf, welche Konstitutionen der Jahre 313—437 enthalten: *de officio eius qui vicem alicuius iudicis obtinet* (1, 50) und *de modo multarum quae ab iudicibus infliguntur* (1, 54); beide können unbedenklich vor Titel XXVII eingeschoben werden. Mit diesen Ergänzungen ist die ganze Titelfolge bis Titel XXVII ausgefüllt.

Als Titelfolge zwischen Titel XVI und XXVII ergibt sich also:

XVII Ut nulli patriae suae administratio sine speciali permissu principis permittatur.
XVIII De officio rationalis summarum et rei privatae.
XVIIII De officio praefecti vigilum.
XX De officio praefecti annonae.
XXI De officio tribuni voluptatum.
XXII De officio iudicum civilium.
XXIII De officio iudicum militarium.
XXIIII De officio iudicum omnium.
XXV De officio eius, qui vicem alicuius iudicis obtinet.
XXVI De modo multarum, quae ab iudicibus infliguntur.

Damit wird auch die treffendste Beziehung der obigen Randglosse des Vaticanus 886 auf den Titel *de officio iudicum omnium* gewonnen.

So weit Ergänzung ausgefallener Titel des ersten Buchs; die weitere Aufgabe, in die überlieferten Titel die Konstitutionen derselben Zeit einzureihen, welche nur im Justinianus stehen, gestaltet sich am einfachsten für Unterbringung derjenigen Konstitutionen, welche Titeln zu entnehmen sind, deren Rubrik auch für den Theodosianus überliefert ist. Dahin gehören 1, 4, 7. 1, 14, 2—4. 1,23, 5. 1, 28, 2. 1, 33, 1.

3. 1, 40, 6—10. 12. 1, 43, 1. 1, 45, 2. 1, 46, 2. 1, 51, 2—5, 9. 1, 55, 4. Dazu treten folgende Ergänzungen:

Zu Theod. 1, 2 gehören Just. 1, 22, 3. 5. Th. 1, 10 ist durch Just. 10, 23, 1 zu ergänzen; Just. 10, 23 enthält außer c. 1 und Th. 11, 7, 17 noch 2 Konstitutionen von Leo und ist erst zur Unterbringung dieser gebildet worden.

Große Lücken weist der Titel *de officio rectoris provinciae* 1, 16 im Ambrosianus auf; so die schon oben erwähnten Just. 1, 40, 6—10. 12. Eine weitere Ergänzung bietet Just. 10, 19, 6, welche nach den Handschriften VT nicht zu dem entsprechenden Titel Th. 11, 7 gehört, inhaltlich aber auch zu 1, 16 paßt. In gleicher Weise rechtfertigt sich die Unterbringung von Just. 12, 57, 9 im obigen Titel, denn in Th. 8, 4 *(de cohortalibus)* müßte sie der Zeit nach[1]) unmittelbar vor oder hinter c. 19 gestanden haben; daß aber dort keine Lücke gewesen, bezeugt die Übereinstimmung von R und T. Wie diese beiden Konstitutionen, so bezieht sich auch Just. 10, 16 *(de annona et tributis)*, 11 auf die Fürsorge der Provinzialstatthalter für den Eingang der annona und der tributa; gegen eine Ergänzung im Titel 11, 1 spricht V; danach darf auch diese Konstitution in 1, 16 eingeschoben werden.

Titel 1, 23 *de officio iudicum militarium* wird, wie oben bemerkt, durch c. 2 desselben Titels im Just. ergänzt. Weitere Ergänzungen dürfen aus Just. 12, 46, 4 und 3, 21, 2 entnommen werden. Beide Konstitutionen handeln von der Militärgerichtsbarkeit über die aus dem Militärstande Ausgeschiedenen. Erstere könnte zwar, wie im Justinianus, dem Titel de veteranis (Th. 7, 20) angehören, doch spricht dagegen die Handschrift R. 3, 21, 2 steht in einem der vielen Spezialtitel, welche der Justinianus im Gegensatz zu Th. 2, 1 *(de iurisdictione et ubi quis conveniri debeat)* aus dem Gregorianus übernommen oder neu gebildet hat.[2])

Dem Titel 1, 24 *de officio iudicum omnium* entspricht Just. 7, 62 (*de appellationibus),* 20; von Th. 11, 30 *de appellationibus* schließt V sie aus.

Den Titel XXVII *de episcopali definitione* ergänzt Just. 1, 4, 7.

[1]) Auf 305—401 führt der Adressat.

[2]) Letzteres z. B. Just. 3, 14. 25. 27.

Zum Titel *de curatoribus civitatum* (1, 30), welcher schon oben S. 4 aus Just. 1, 56 ergänzt ist, wird Just. 10, 32, 30 gehören, welche nach V im Th. 12, 1 (de decurionibus) keinen Platz findet.

In Buch II, welches vom Prozeß und Privatrecht handelt, scheint das Breviar die Titelrubriken ziemlich vollständig aufgenommen zu haben. Die Abweichungen der Oxforder Handschrift, welche Titel I in drei Titel zerlegt und einige Konstitutionen aus Titel VI in seinen Titel III versetzt, erweist sich durch die Übereinstimmung von T und Breviar in der Zahl der Titel VIII und XII als Willkür des Verfassers dieser Rezension.[1]) Dasselbe spricht auch gegen Ergänzung eines Titels *de formulis sublatis* aus Just. 2, 57, 1 vor Titel III; diese Konstitution wird wie die folgende im Justinianus mit 2, 57, 2 zum Th. 2, 3 gehört haben. Dagegen werden nach Titel XII zwei Titel zu ergänzen sein. Just. 3, 8 *de ordine iudiciorum* enthält als c. 4 eine Konstitution aus dem Jahre 336, welche inhaltlich zum zweiten Buch des Theodosianus gehört, sich aber den Titeln des Breviars nicht einfügen läßt. Es scheint daher unbedenklich, aus ihr mit der obigen Rubrik einen besonderen Titel zu bilden. Die Einschiebung vor Th. 2, 7 *de dilationibus* entsprechend dem Just. 3, 11 ist nach dem obigen Zeugnis von T ausgeschlossen; der Titel entspricht sachlich dem Digestentitel 5, 1 und das führt auf die Stellung vor Th. 2, 19 *de inofficioso testamento.* An den Schluß des Buchs ist ferner mit Just. 4, 35, 21 der Titel *mandati* zu stellen.

Für Ausfüllung der Lücken des Breviars innerhalb der Titel bieten die gleichlautenden Titel des Justinianus reichen Stoff. Dahin gehören für Th. 2, 1 Just. 3, 13, 4—6, für Th. 2, 3 Just. 2, 57, 1, für Th. 2, 7 Just. 3, 11, 3—5, für Th. 2, 8 Just. 3, 12, 2—4, für Th. 2, 10 Just. 2, 6, 7, für Th. 2, 12 Just. 2, 12, 21. 22. 25. 26, für Th. 2, 24 Just. 3, 36, 26 pr., für Th. 2, 27 Just. 4, 2, 16, für Th. 2, 30 Just. 8, 16, 8.

Th. 2, 1 *de iurisdictione et ubi quis conveniri debeat* findet sein Gegenstück in Just. 3, 13 *de iurisdictione omnium iudicum et de foro competenti;* letzterem folgt aber noch

[1]) Vgl. die verwandte Umgestaltung von Th. 16, 5 in O bei Mommsen I S. XC.



eine Reihe von Sondertiteln, welche dem Theodosianus fremd sind und zum Teil aus dem Gregorianus übernommen sein mögen.[1]) Das hat im Justinianus die Absplitterung einer Reihe von Konstitutionen aus Th. 2, 1 veranlaßt, welche diesem Titel wieder zuzuführen sind. So Just. 3, 16, 1. 3, 19, 3. 3, 23, 1. 3, 24, 2. 3, 26, 5—8. 10. Aus anderen Büchern sind noch zu ergänzen Just. 10, 40, 8[2]) und 11, 17 *(de suariis),* 2 (gegen Ergänzung in Th. 14, 4 *de suariis* spricht V).

Zu Th. 2, 5 gehört Just. 3, 19, 2, zu Th. 2, 10 Just. 2, 6, 7 und 2, 7, 5.[3]) Auch Just. 8, 35, 12 mag zu Th. 2, 10 gehören, wofern nicht etwa ein Titel *de exceptionibus sive praescriptionibus* entsprechend dem Just. 8, 35 vor Th. 4, 11 gestanden hat; da aber Just. 8, 35, 13 aus Th. 11, 30 entlehnt ist, so darf man wohl annehmen, daß auch c. 12 aus einem anderen Titel als Anhängsel zu dem sonst aus dem Gregorianus (oder Hermogenianus) für Just. 8, 35 übernommenen Titel angesetzt ist. Denkbar wäre noch, daß 8, 35, 12 im Th. 2, 11 *de erroribus advocatorum* gestanden hätte. Just. 2, 15, 1 ist in Th. 2, 14 zu ergänzen; daß die Konstitution dem Sondertitel *ut nemo privatus titulos praediis suis vel alienis imponat* eingeordnet worden, war für den Justinianus wohl nur durch die folgende Novelle von Theodosius veranlaßt.

Für Buch III sind die Zahlen der letzten 3 Titel durch T als XXX—XXXII gesichert. Das Breviar hat nur den drittletzten mit der Zahl XVIIII, 11 Titel sind also weggelassen. Von diesen lassen sich einige aus dem Justinianus ergänzen. So folgen hinter dem ersten Titel *de contrahenda emptione* (= Just. 4, 38) als dem Haupttitel über den Kauf mehrere Sondertitel, wie auch das Breviar noch einen Titel *de patribus qui filios distraxerunt* aufgenommen hat, nebst dem Titel *de commissoria rescindenda,* welcher im Justinianus 8, 34 passender mit den pacta pignorum verschmolzen ist. Von den justinianischen Titeln, welche dem theodosianischen *de aediliciis actionibus* (= Just. 4, 58) voraufgehen, enthalten einige lediglich oder vorwiegend Konstitutionen der Jahre 314—437; die übrigen Titel sind wohl teils aus den

[1]) Vgl. unten Th. 2, 16 mit Just. 2, 21—54.

[2]) Vgl. c. 9 = Th. 2, 1, 7. [3]) Vgl. Th. 2, 10, 6.

älteren Sammlungen entnommen, teils neu gebildet. Von den ersteren sind unbedenklich die Titel (40) *quae res venire non possunt et qui vendere vel emere vetantur,* (41) *quae res exportari non debeant* und *de eunuchis* zu ergänzen. Unwahrscheinlich ist dagegen ein Ausfall des Titels *de rescindenda venditione;* die den Diokletianischen Reskripten angehängten Erlasse von 383 und 399 stammen aus dem Haupttitel (3, 1), derjenige von 392 aus Th. 10, 17, 3; auch der letzte Erlaß von 402 oder 406 wird aus einem anderen Titel entlehnt sein, er paßt dem Inhalte nach am besten zu der Rubrik *qui emere vetantur.*

Zum Abschnitt über den Kauf ist wohl noch der Titel Just. 4, 60 *de nundinis* zu ziehen; er paßt nicht so wie der folgende *de vectigalibus et commissis* in das nächste Buch. Dasselbe gilt vom Titel *de commerciis et mercatoribus,* der im Just. 4, 63 den Kaufabschnitt abschließt. Endlich wird auch Just. 11, 11 *de veteris numismatis potestate* hier unterzubringen sein; im zehnten Buch, welchem ihn die ihn im Just. umgebenden Titel 11, 10 = Th. 10, 22 und 12 = Th. 10, 23 zuweisen, hat er nach dem Zeugnis von V nicht gestanden; im dritten Buch wird er hinter dem Titel *de commerciis* gestanden haben.

An den Schluß des Abschnitts über die Ehe ist der Titel *de concubinis* aus Just. 5, 26 anzufügen. Zwischen Titel XVIIII und XXX werden noch einige Titel über Vormundschaft ausgefallen sein, doch bietet der Justinianus keine sichere Stütze zur Ergänzung, denn die meisten Titel sind zweifellos aus den älteren Sammlungen übernommen, und wo in diesen Titeln Konstitutionen aus der Zeit des Theodosianus sich finden, können dieselben anderen Titeln derselben ebenso entlehnt sein, wie dies für Just. 5, 33, 1 (= Th. 3, 17, 3), 5, 34, 11 (= Th. 3, 17, 1), 5, 35, 2 (= Th. 3, 17, 4), 5, 72, 4 (= Th. 3, 30, 3 § 6. 7) feststeht.

Zu den im Breviar erhaltenen Titeln ergänzen die entsprechenden Titel des Justinianus folgende Konstitutionen:

zu *VII de nubtiis* Just. 5, 4, 19—21
zu *VIII de secundis nubtiis* Just. 5, 9, 1.[1]) 4
zu *VIIII si secundo nubserit mulier* Just. 5, 10, 1

[1]) Vgl. noch S. 10.

zu *XII de incestis nubtiis* Just. 5, 5, 4. 5
zu *XV de fideiussoribus dotium* Just. 5, 20, 1
zu *XVI de repudiis* Just. 5, 17, 7
zu *XXX de administratione* Just. 5, 37, 21.

Außerdem werden zu Th. 3, 1 *de contrahenda emptione* Just. 2, 19, 11[1]), zu Th. 3, 17 *de tutoribus et curatoribus creandis* Just. 5, 33. 2. 5, 34, 13 gehört haben, während Just. 5, 34, 12 inhaltlich zu Th. 3, 30 paßt.

Mit der oben zu Titel VIII ergänzten Just. 5, 9, 1 hängt Just. 6, 56, 4 zusammen; daß der Theodosianus ebenso wie der Justinianus einen Titel ad SC. Tertullianum gehabt habe, widerstreitet den für Buch 5 festgestellten Titelzahlen; es steht auch nichts der Annahme im Wege, daß die Konstitution ungeteilt im Th. 3, 8 gestanden habe.

Zum vierten und fünften Buch ist die Ergänzung der ausgefallenen Titel im Beitrag VI erledigt; es bleibt noch übrig, zu den überlieferten Titeln die im Breviar gestrichenen Konstitutionen nachzutragen.

Im vierten Buch füllen die entsprechenden Titel des Justinianus folgende Lücken aus[2]):

zu *I de cretione vel bonorum possessione* Just. 6, 9, 8. 9.
zu *IIII de testamentis et codicillis* Just. 6, 23, 15. 16. 19. 6, 36, 7[3])
zu *V de litigiosis* Just. 8, 36, 3
zu *VIII de manumissionibus in ecclesia* Just. 1, 13, 1
zu *VIIII*[4]) *de liberali causa* Just. 7, 19, 7
zu *XI de libertis et eorum liberis* Just. 6, 7, 2
zu *XIIII de vectigalibus et commissis* Just. 4, 62, 4. 4, 61, 10—13
zu *XVIII de sententiis ex periculo recitandis* Just. 7, 44, 2
zu *XXIII unde vi* Just. 8, 4, 6 pr.
zu *XXV de aedificiis privatis et publicis* Just. 8, 10, 6—8. 10. 11.

Die aus anderen Titeln zu ergänzenden Konstitutionen sind zum größten Teil im 6. Beitrag (Bd. 38, 34) angegeben;

[1]) Vgl. Just. 2, 19, 12 = Th. 3, 1, 9. [2]) Bd. 38, 34.
[3]) Vgl. Bd. 38, 34, 1.
[4]) Zu den von Hänel und Mommsen abweichenden Titelzahlen vgl. Bd. 38, 33.

nachzutragen sind noch zu Titel XVII Just. 7, 57, 7, zu XVIII vielleicht Just. 7, 45, 12.

Für das fünfte Buch bieten die entsprechenden Titel des Justinianus folgende Ergänzungen:

zu *III de decurionum* Just. 6, 62, 1. 3. 4
zu *VIIII de expositis* Just. 8, 51, 2 pr.
zu *XI de omni agro deserto* Just. 11, 59, 1. 5. 11. 13
zu *XII de fundis patrimonialibus* usw. Just. 11, 62, 1. 2. 4—10
zu *XIII de fundis rei privatae* Just. 11, 66, 3—5
zu *XIIII de mancipiis et colonis patrimonialibus* usw. Just. 11, 63, 1—4
zu *XV de fugitivis colonis inquilinis et servis* Just. 6, 1, 4—8
zu *XXI de agricolis et mancipiis dominicis* usw. Just. 11, 68, 1—5
zu *XXVII de longa consuetudine* Just. 8, 52, 2.

Aus anderen Titeln lassen sich ergänzen:

zu III Just. 10, 35, 1. 10, 34, 2
zu XI Just. 11, 62, 3
zu XII Just. 11, 65, 5
zu XIIII Just. 12, 33, 3
zu XV Just. 11, 48, 6. 8
zu XVI *de inquilinis et colonis* Just. 10, 32, 29. 11, 48, 5. 7. 11—13. 15. 18. 11, 64, 1. 3
zu XVII *Ne colonus inscio domino* usw. Just. 11, 50, 2.

In der nun folgenden Übersicht sind für sämtliche Konstitutionen der Jahre 313—437, welche aus dem Justinianus zu ergänzen sind[1]), die Titel angegeben, zu denen sie im Theodosianus gehört haben.

Übersicht

Just.	Th.	Just.	Th.
1, 2, 4	?	1, 9, 7	3, 7
1, 3, 16	5, 16	1, 13, 1	4, 8 (7)
1, 4, 7	1, 27	1, 14, 2—4	1, 1

[1]) Daß Just. 3, 1, 8. 6, 1, 3. 7, 16, 41. 7, 22, 3, welche Licinius neben Konstantin in die Inskription aufnehmen, nicht zum Theodosianus gehörten, hat Mommsen S. CLX bemerkt.

Just.	Th.	Just.	Th.
1, 16, 1	1, 2	3, 26, 5. 8. 10	2, 1
1, 19, 3. 5. 6—8	1, 2	3, 36, 26	2, 24
1, 22, 3. 5	1, 2	4, 2, 16	2, 37
1, 23, 5	1, 2?	4, 21, 15	11, 39
1, 24, 1	9, 27	4, 32, 25	2, 33
1, 28, 2	1, 6	4, 35, 21	2, 34
1, 29, 1	1, 7	4, 40, 1—4	3, 1 A[2])
1, 33, 1. 3	1, 11	4, 41, 1	3, 1 B[2])
1, 40, 4—10. 12	1, 16	4, 42, 1	3, 1 C[2])
1, 43, 1	1, 20 (18)	4, 44, 18	3, 1 A[2])
1, 45, 2	1, 22 (20)	4, 60, 1	3, 4 A[2])
1, 46, 2	1, 23 (21)	4, 61, 10—13	4, 14 (13)
1, 48, 2	1, 24 (22)	4, 62, 4	4, 14 (13)
1, 50, 2	1, 25, 1	4, 63, 2—6	3, 1 C[2])
1, 51, 2—5. 9	1, 34	5, 4, 19—21	3, 7
1, 54, 4—6	1, 26	5, 5, 4. 5	3, 12
1, 55, 4. 8	1, 29	5, 9, 1. 4	3, 8
1, 56, 2	? [1])	5, 10, 1	3, 9
2, 6, 7	2, 10	5, 17, 7	3, 16
2, 7, 2	12, 1	5, 20, 1	3, 15
2, 7, 5	2, 10	5, 26, 1	3, 16 A[3])
2, 12, 21 pr. 22. 25. 26	2, 12	5, 33, 2	3, 17
2, 15, 1	2, 14	5, 34, 12	3, 30
2, 19, 11	3, 1	5, 34, 13	3, 17
2, 57, 1	2, 3	5, 72, 4	3, 30
3, 8, 4	2, 18 A[2])	6, 1, 4—7	5, 15
3, 11, 3—5	2, 7	6, 1, 8	5, 16
3, 12, 2—4	2, 8	6, 3, 13	5, 20
3, 13, 4—6	2, 7	6, 4, 2	5, 2 [4])
3, 16, 1	2, 1	6, 9, 8. 9	4, 1
3, 19, 2	2, 5	6, 21, 15	4, 4
3, 19, 3	2, 1	6, 22, 5—7	4, 4
3, 21, 2	1, 21	6, 23, 15. 16. 19	4, 4
3, 23, 1	2, 1	6, 30, 18	4, 1
3, 24, 2	2, 1	6, 32, 4	4, 4

[1]) Im Theodosianus vielleicht das Stück einer größeren Konstitution.

[2]) Oben S. 7. [3]) De concubinis (S. 9). [4]) De bonis libertorum.

Just.	Th.
6, 36, 7	4, 4
6, 37, 21	4, 4
6, 56, 3	5, 1
6, 56, 4	3, 8
6, 61, 2	8, 19
6, 62, 1. 3. 4	5, 3
7, 1, 4	4, 7
7, 19, 7	4, 9
7, 32, 10	4, 11
7, 37, 1	4, 16 (15)
7, 38, 1—3	4, 15 A[1])
7, 39, 2	4, 12 (11)
7, 41, 2	11, 1
7, 44, 2	4, 18 (17)
7, 45, 12	4, 18 (17)
7, 57, 7	4, 18 (17)
7, 62, 20	1, 22
8, 4, 6 pr.	4, 23 (22)
8, 10, 6—8. 10. 11	4, 25 (24)[2])
8, 16, 8	2, 30
8, 35, 12	2, 10
8, 36, 3	4, 5
9, 29, 3	1, 17[3])
10, 16, 11	1, 16
10, 19, 6	1, 16
10, 23, 1	1, 10
10, 26, 2	1, 16
10, 32, 29	5, 16
10, 32, 30	1, 30
10, 34, 2	5, 3 (2)
10, 35, 1	5, 3 (2)
10, 40, 8	2, 1
10, 48, 7	13, 4
11, 8, 14	1, 32
11, 9, 3	10, 21
11, 11, 1—3	3, 1 D[4])
11, 17, 2	2, 1
11, 48, 5	5, 16
11, 48, 6	5, 15
11, 48, 7. 8. 11	5, 16
11, 48, 12. 13. 15. 18	5, 16
11, 50, 1. 2	5, 17
11, 51, 1	5, 18
11, 52, 1	5, 19
11, 53, 1	5, 20
11, 59, 5	5, 11
11, 59, 11. 13	5, 11
11, 60, 1	5, 22
11, 62, 1. 2	5, 12
11, 62, 3	5, 11
11, 62, 4—10	5, 12
11, 62, 11	4, 12 (11)
11, 63, 1—4	5, 14
11, 64, 1. 3	5, 15
11, 65, 5	5, 12
11, 66, 3—5	5, 13
11, 67, 1	5, 13
11, 68, 1—5	5, 21
11, 70, 1. 2. 4	5, 23
11, 71, 1—5	5, 24
11, 74, 3	5, 13
11, 75, 2. 3	5, 19
11, 77, 1	5, 25
11, 78, 1. 2 ?[1])	5, 26

[1]) Ne rei dominicae vel templorum usw.

[2]) De aedificiis privatis.

[3]) Ut nulli patriae suae usw.

[4]) de veteris numismatis potestate.

Just.	Th.	Just.	Th.
12, 1, 2	6, 1	12, 23, 12—14	6, 30
12, 1, 4	6, 2	12, 33, 3	5, 14
12, 1, 6. 9. 14	6, 1	12, 46, 4	1, 21
12, 1, 15 [1]	?	12, 57, 9	1, 16
12, 3, 1 [1]	?	12, 58, 2	1, 19
12, 5, 2	6, 36	12, 61, 4	8, 11

[1]) Vielleicht erst vom Jahre 440.

II.

Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom.

Von

Herrn Professor Dr. **Bernhard Kübler**

in Erlangen.

Bei vielen Völkern haben ursprünglich nur die Männer ein Erbrecht gehabt, die Frauen sind davon gänzlich ausgeschlossen gewesen.[1]) Nach übereinstimmender Überlieferung der Alten haben die Römer von dieser Regel eine Ausnahme gebildet. Nach dem Recht der XII Tafeln wurde bei der Intestaterbfolge kein Unterschied der Geschlechter gemacht:

lex XII tabularum nulla discretione sexus adgnatos admittit Paul. Sent. 4, 8, 20 (22) = Coll. leg. Rom. et Mos. 16, 3, 20.[2])

Das ist die herrschende Lehre bis auf den heutigen Tag geblieben. Ich gebe eine Auslese der Schriftsteller, die sich dafür aussprechen, in der Anmerkung.[3]) Erst später,

---

[1]) Vgl. Franz Kahn, Zur Geschichte des römischen Frauen-Erbrechtes, Leipzig 1884 S. 1 und die dort zitierten Stellen aus Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung. Über das Recht der alten Deutschen Brunner, Rechtsgesch. I² 108, der Langobarden und Sachsen s. Brunner, Deutsche Rechtsgesch. I² 536, 34. Vgl. Kohler, Enzyklop. I⁶ 38. Rechtsphilosophie S. 220. Leist, Altarisches Jus Gentium S. 417. Beauchet, Droit privé de la république Athénienne IV 457. Post, Bausteine II 176. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht 63 fg. und andre mehr.

[2]) Vgl. Gai III 1. 2. 14. Ulp. Reg. 26, 1. 6. 8. Cod. 6, 58, 14. Inst. III 2, 3ª.

[3]) Dernburg, Pandekten III⁶ § 129 S. 253. Rudorff, Gesch. d. röm. Rechts I 58. Puchta-Krüger, Institutionen II¹⁰ § 304 S. 430. Salkowski, Institutionen § 122. Sohm, Institutionen 14. Aufl. S. 686. Czyhlarz, Institutionen S. 297. Schulin, Gesch. d. röm. Rechts 439. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 880. Voigt, Röm. Rechtsgesch. I 510. Jhering, Geist d. röm. Rechts II⁴ 103. Jörs, Römische Rechtswissensch. I 99. Kahn a. a. O. 13. Kuhlenbeck, Entwickelungsgeschichte d. röm. Rechts II 146. Mommsen, Röm. Gesch. I⁸ 152. Girard, Manuel⁶

vor oder nach der lex Voconia vom Jahre 685 d. St., 169 v. Chr., soll das Intestaterbrecht der agnatischen Frauen auf den Grad der sorores consanguineae beschränkt worden sein. Ihre Rechte wurden dann wieder erweitert durch das prätorische Edikt, durch die leges Iulia et Papia, durch das SC Tertullianum, durch kaiserliche Konstitutionen, bis ihnen schließlich durch Justinian die volle Gleichberechtigung mit den Männern gewährt wurde. Was die testamentarische Erbfolge betrifft, so nimmt man gewöhnlich an, daß die Frauen im Komitialtestament nicht zu Erben eingesetzt werden konnten, obwohl es auch hier nicht an abweichenden Stimmen gefehlt hat[1]), daß jedoch ihre Erbeseinsetzung im Manzipationstestament möglich wurde, als der familiae emptor nicht mehr mit dem heres identisch war. Hier wurde Änderung geschaffen durch die lex Voconia, welche die testamentarische Erbeseinsetzung der Frau verbot. Da über dieses Gesetz eine sehr reiche Literatur vorliegt und alle einschlägigen Fragen bis ins kleinste erörtert sind[2]), so soll sich unsere Untersuchung auf das Intestaterbrecht der Frauen beschränken. Auch für dieses Gebiet könnte angesichts der fast völligen Übereinstimmung der Forscher, die sich aus der Übersicht der Anmerkung 3 ergibt, eine erneute Behandlung der Frage überflüssig erscheinen. Indessen darf man sich durch die Zahl der Autoritäten, die sich für ein unbeschränktes Intestaterbrecht der Frauen schon in der ältesten Zeit der römischen Geschichte aussprechen, nicht irremachen lassen. Der Verfasser eines

---

p. 844, 845. Roby, Roman private law I 188. Costa, Storia del diritto Romano privato p. 503. — Dagegen: Wieling, Lectionum iur. civ. libri II Amst. 1736 II c. 19—27, p. 199 sq. Griesinger, Geschichte u. neue Theorie der Suität, 1807, S. 14 fg. Glück, Von der Intestaterbfolge 2. Aufl., 1822, S. 200 fg. C. G. de Winckler, opusc. minor. p. 378—381. Hugo, zitiert bei Kahn a. a. O. S. 2. Nicht Perizonius, dissertationum trias, wie Glück a. a. O. irrtümlich behauptet.

[1]) Kahn a. a. O. S. 11.

[2]) Bachofen, Die lex Voconia, Basel 1843, wo die ältere Literatur vollständig angegeben ist. Dazu Mommsen, Richters kritische Jahrbücher für Rechtswissenschaft IV, 1845, S. 7—16 = Ges. Schriften III 513 fg. Kahn a. a. O. S. 25 fg. Huschke, Zeitschr. f. Rechtsgesch. V, 1866, S. 178 fg. v. Vangerow, Über die lex Voconia, Heidelberg 1863. Weitere Literaturangaben bei Voigt, Röm. Rechtsgesch. I S. 508 Anm. 2.

Lehrbuches ist nicht in der Lage, jede einzelne Frage, über die er sich aussprechen muß, bis zum letzten Ende zu prüfen, und so finden sich bekanntermaßen gerade in dieser Literatur viele tralatizische Sätze, die einer vom andern herübernimmt. Viel wichtiger sind daher die Spezialschriften. Diese aber sind nicht zahlreich, und gerade in ihnen werden Zweifel erhoben. Was mir besonders Veranlassung gibt, mich von neuem mit der Frage nach dem Intestaterbrecht der Frauen zu beschäftigen, ist der energische Angriff, den C. L. Kooiman[1]) kürzlich dagegen unternommen hat. Ich habe allerdings schon in meiner Besprechung seiner Schrift[2]) unter kurzer Angabe meiner Gründe dagegen Stellung genommen, und ich könnte es dabei bewenden lassen und die Entscheidung dem Urteile der Fachgenossen anheimstellen. Allein ich bin nachträglich auf einige Nachrichten und Zeugnisse gestoßen, die nicht nur von Kooiman übersehen, sondern überhaupt fast niemals berücksichtigt worden sind. Da es nun zur Entscheidung einer so wichtigen und schwierigen Frage unerläßlich ist, jedes Zeugnis, das zur Ermittlung der Wahrheit dienen kann, heranzuziehen und auf seinen Wert zu prüfen, so scheint es mir angebracht, dem Gegenstande eine eingehende Untersuchung zu widmen.

I. Allgemeine Betrachtung.

Wer den Standpunkt vertritt, daß den römischen Frauen ursprünglich ein Intestaterbrecht nicht zugestanden habe, muß denselben noch genauer präzisieren. Man kann annehmen, daß ihnen das Intestaterbrecht durchaus fehlte, daß es also gar keine sua heres gab, oder daß die Frauen von der Intestaterbfolge nur dann ausgeschlossen waren, wenn sie mit Männern konkurrierten, daß also die Tochter nicht neben dem Sohn, die Nichte nicht neben dem Neffen erbte usw. Es ist ferner denkbar, daß zwar die weiblichen Abkömmlinge von der Erbfolge nicht ausgeschlossen waren, wohl aber alle entfernteren Agnatinnen, oder daß man von den weiblichen Agnaten nur den nächsten Grad, die soror consanguinea, zuließ, alle ferneren aber ausschloß, wie das ja für eine

[1]) Fragmenta Iuris Quiritium, Amsterdam 1913, S. 273 fg.
[2]) Berliner Philol. Wochenschrift 1916, Nr. 42 S. 1302.

spätere Zeit bezeugt ist. Es bedarf endlich der zeitlichen Fixierung. Es ist denkbar, daß zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung die Frauen von der Intestaterbfolge noch ausgeschlossen waren, da ja das Gesetz nur von suus heres und von agnatus proximus spricht, daß aber die Interpretation ihnen sehr bald danach durch ausdehnende Auslegung das Erbrecht verschaffte; es ist aber auch denkbar, daß das Frauenerbrecht erst durch das prätorische Edikt etwa am Ende der republikanischen Zeit geschaffen wurde. Kooiman nimmt in jeder Beziehung die schroffste Stellung ein. Er behauptet, die Frauen hätten überhaupt kein Intestaterbrecht gehabt, weder die ferneren noch die näheren Agnatinnen, weder Weib noch Kind des Erblassers, ohne Rücksicht darauf, ob sie allein zurückblieben oder mit männlichen Konkurrenten, und dieser Zustand habe mindestens bis in die ciceronianische Zeit gedauert. Noch damals habe die einzige Tochter ihren Vater nicht ab intestato beerben können.[1]) Diese Sätze scheinen nach dem Stande unserer Überlieferung unhaltbar. Prüfen wir die Gründe!

Kooiman beruft sich zunächst auf die Rechtsvergleichung. Man kann sie heranziehen, wo andere Zeugnisse fehlen. Liegen solche vor und sollen sie durch Rechtsvergleichung entkräftet werden, so müßten die Zeugnisse schon sehr schlecht sein und andrerseits die Rechtsvergleichung ein erdrückendes Material liefern. Beides ist nicht der Fall. Man kann die bestimmten Zeugnisse des Gajus, Ulpian und Paulus nicht damit abtun, daß man diesen Schriftstellern historische Kenntnisse abspricht. Wir haben aber ein noch viel älteres Zeugnis. Dionys von Halikarnaß, der seine römische Archäologie i. J. 7 v. Chr. zu Rom schrieb, sagt II 25 bei seiner Darstellung der Gesetzgebung des Romulus in bezug auf die Rechtsverhältnisse der Ehefrau:

σωφρονοῦσα μὲν οὖν καὶ πάντα τῷ γεγαμηκότι πειθομένη γυνὴ κυρία τοῦ οἴκου τὸν αὐτὸν τρόπον ἦν, ὅνπερ ὁ ἀνήρ, καὶ τελευτήσαντος ἀνδρὸς κληρονόμος ἐγίνετο τῶν χρημάτων, ὡς θυγάτηρ πατρός, εἰ μὲν ἄπαις τε καὶ μηδὲν διαθέμενος

---

[1]) „Erst in der Kaiserzeit erhielt die Frau im Ius Quiritium ein beschränktes Erbrecht ab intestato usw.“ S. 299 u. öfter.

ἀποθάνοι πάντων οὖσα κυρία τῶν ἀπολειφθήντων, εἰ δὲ γενεὰν ἔχοι τοῖς παισὶν ἰσόμοιρος γενομένη.

Es ist zur richtigen Würdigung dieses Zeugnisses zu beachten, daß hier ein Grieche schreibt, der die Besonderheiten des römischen Rechts stark hervorzuheben pflegt, z. B. bei der Schilderung der väterlichen Gewalt. Er würde den obigen Passus nicht geschrieben haben, wenn noch kurz vorher (zur ciceronianischen Zeit) Ehefrau und Tochter kein Erbrecht gehabt hätten. Man darf nicht glauben, daß er Zustände seiner Zeit in die Urzeiten der römischen Geschichte verlegt, wie etwa die Verfasser des Pentateuch. Das wäre höchstens dann denkbar, wenn das Intestaterbrecht der Frauen schon eine längst eingebürgerte Einrichtung gewesen wäre, aber nicht, wenn es erst kürzlich eingeführt war.[1]) Aber auch wenn wir das Zeugnis des Dionys nicht hätten, so würde die Rechtsvergleichung nicht hinreichen, um eine so positive Einrichtung wie den Ausschluß der Frauen von der Intestaterbfolge zu beweisen. Grade im Erbrecht sind die Römer ganz andere Wege gegangen als die Griechen. Sie hatten ein ganz anderes Erbfolgesystem, eine ganz andere Art des Testaments[2]), und sie hatten keine Spur der Erbtochterehe. Und grade in bezug auf das Erbrecht der Frauen herrschte bei den Griechen durchaus keine Übereinstimmung[3]), so daß nicht zu sehen ist,

---

[1]) Die Glaubwürdigkeit des Dionysius sucht Griesinger S. 178 fg. zu erschüttern.

[2]) Das griechische Testament kennt nicht die Erbeseinsetzung, die im römischen Recht caput et fundamentum testamenti ist. Es ist sehr bezeichnend, daß der Grieche Appian die Einsetzung des Substituten für Adoption hält, Bell. civ. II 143 *Δέκμος ὁ Βροῦτος ἐν τοῖς δευτέροις κληρονόμοις ἐγέγραπτο παῖς.* Weiterhin: *δεινὸν καὶ ἀθέμιστον ἡγοῦντο καὶ Δέκμον ἐπιβουλεῦσαι Καίσαρι, παῖδα αὐτῷ γεγραμμένον εἶναι.* c. 146: *οὐκ ἔφερεν ὁ δῆμος, ἐν παραλόγῳ ποιούμενος τὸ πάντας αὐτοῦ τοὺς σφαγέας, χωρὶς μόνον Δέκμου, αἰχμαλώτους ἐκ τῆς Πομπηίου στάσεως γενομένους, ἀντὶ κολάσεων ἐπ' ἀρχὰς καὶ ἡγεμονίας ἐθνῶν καὶ στρατοπέδων προαχθέντας ἐπιβουλεῦσαι, Δέκμον δὲ καὶ παῖδα αὐτῷ θετὸν ἀξιωθῆναι γενέσθαι.* An adoptio testamentaria ist hier nicht zu denken. Vgl. Plut. Caes. 64, *Δέκιμος Βροῦτος . . πιστευόμενος μὲν ὑπὸ Καίσαρος, ὥστε καὶ δεύτερος ὑπ' αὐτοῦ κληρονόμος γεγράφθαι.*

[3]) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 313 fg., 63 fg. Bücheler u. Zitelmann, Das Recht von Gortyn S. 133. Kohler u. Ziebarth, Das Stadtrecht von Gortyn S. 108.

was die Rechtsvergleichung beweisen soll. Kooiman ist aber darauf gar nicht eingegangen. Er spricht ganz allgemein von Rechtsvergleichung, ohne sich auf irgendwelche Einzelheiten einzulassen oder auch nur in großen Zügen die Einrichtungen anderer Völker anzuführen, die seiner These zur Unterstützung dienen sollen, und auch wir können von einer Betrachtung des Intestaterbrechts der Griechen und anderer antiker Völker Abstand nehmen, da wir der Meinung sind, daß sich daraus sichere Schlüsse auf die römischen Einrichtungen nicht ziehen lassen und daß wir uns für die Erforschung dieser Zustände auf die darauf bezüglichen Nachrichten beschränken dürfen.

Kooiman behauptet ferner, daß die Dezemvirn, da sie nur von suus und adgnatus sprachen, eben nur Männern das Intestaterbrecht geben wollten. Hätten sie es auch den Frauen verleihen wollen, so hätten sie das dadurch zum Ausdruck gebracht, daß sie sua, adgnata hinzufügten[1]), wie z. B. in der lex Aquilia steht servum servamve, alienum alienamve, in der lex Cincia: cognatus cognata, sobrinus sobrinave, im Senatus consultum de Bacchanalibus neque vir neque mulier. Darauf ist folgendes zu erwidern: Angenommen, wir hätten den ersten Wortlaut der Zwölftafelsätze — was keineswegs der Fall ist —, so würde doch die Gesetzestechnik der lex Aquilia v. J. 287, der lex Cincia v. J. 204, des SC. de Bacchanalibus v. J. 186 nichts beweisen für das viel ältere Zwölftafelgesetz. Dasselbe gilt erst recht vom prätorischen Edikt und andern Gesetzen, die Kooiman noch anführt. Es ist in den erhaltenen Resten des Zwölftafelgesetzes nicht eine einzige Stelle erhalten, an welcher neben dem Maskulinum das Femininum gesetzt ist, obwohl oft genug dazu Veranlassung gewesen wäre, z. B. VIII 1a *qui* malum carmen incantassit. 8a *qui* fruges excantassit. X 1 hominem *mortuum* in urbe ne sepelito. 5c homine *mortuo* ne ossa legito. VIII 3 manu fustive si os fregit *libero,* CCC, si *servo,* CL poenam subito. Ob sich alle diese Bestimmungen auf das weibliche Geschlecht mit bezogen, das zu entscheiden, war Sache der Interpretatio, wie das nachweislich geschehen ist bei dem Satze IV 2: si

[1]) Dasselbe Argument bringt auch Griesinger, Geschichte der Suität, vor, S. 112 fg. Er führt es noch viel weiter aus als Kooiman.

pater filium ter venumduuit, filius a patre liber esto, eine Stelle, die Kooiman für seine Ansicht anführt, die aber gerade gegen dieselbe spricht. Es wäre an sich sehr wohl denkbar, daß die Dezemvirn bei ihren Sätzen von suus heres und adgnatus proximus nur an Männer gedacht hätten, daß aber die Pontifices ihnen den veränderten Anschauungen entsprechend eine weitere Auslegung gaben. Daß die römischen Juristen sich bei der Auslegung der Ausdrücke liberi und filii freie Hand behielten, auch wohl darüber uneinig waren, ist bekannt, und Kooiman hat die betreffenden Stellen zusammengestellt. Ein Schluß, welche Auslegung die Pontifices den Zwölftafelsätzen gegenüber anwandten, läßt sich daraus nicht ziehen. Nach der Überlieferung räumten sie den Frauen die gleiche Stellung ein wie den Männern, und wenn wir dem oben angeführten Zeugnis des Dionys von Halikarnaß Glauben schenken dürfen, schufen sie damit nichts Neues, sondern interpretierten sie nur im Sinne eines Rechtes, das schon die Dezemvirn vorgefunden hatten.

Aber Kooiman meint, daß sich die Rechtsentwickelung immer in grader Linie vollziehe und keine Sprünge mache oder Zickzackkurse einschlage. Es sei daher nicht denkbar, daß die Frauen, nachdem sie durch die Zwölftafelgesetze oder bereits früher unbeschränktes Intestaterbrecht erlangt hatten, später über den Grad der sorores consanguineae hinaus dieses Recht verloren hätten, um es dann durch das prätorische Edikt wieder zu erlangen. Die Nachricht des Paulus, Sent. IV 8, 20 (22) = Coll. leg. Mos. et Rom. 16, 3, 20:

> Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum. ceterum lex XII tabularum sine ulla discretione sexus agnatos admittit

sei daher zu verwerfen. Sie entbehre jeder Glaubwürdigkeit. Nun mag es immerhin richtig sein, daß wie alle Entwickelungen, so auch die Rechtsentwickelung sich in einer gewissen Richtung bewegt. Das hindert aber keineswegs, daß Hemmungen eintreten, die Seitenbewegungen oder auch zeitweilige Rückwärtsbewegungen verursachen. Die Behauptung Kooimans wird schon durch die lex Voconia widerlegt. Die testamentarische Erbeinsetzung der Frauen, die

bis dahin gestattet war, wurde durch die lex Voconia verboten oder unwirksam gemacht. Sie wurde aber später wieder zugelassen.[1]) Solche Schwankungen kommen auch auf anderen Rechtsgebieten vor. Durch die Zwölftafelgesetzgebung soll der Zinsfuß auf das fenus unciarium beschränkt worden sein. Später wurde durch eine, wie gewöhnlich, verkehrte Gelegenheitsgesetzgebung das Zinsennehmen ganz verboten. Danach kehrte man zum Maximalzins zurück.[2]) Auch die Wuchergesetzgebung des deutschen Reiches bewegt sich in ähnlichen Kurven. Die alten einfachen Sitten des römischen Bauernstandes gingen zugrunde, als die Schätze der Welt sich in Rom aufhäuften. Die Männer, welche die Symptome der Krankheit sahen, wollten helfen. Aber anstatt die Übel an der Wurzel zu treffen, suchten sie einzelne Schäden mit Palliativmitteln zu heilen. Dahin gehören die Luxusgesetze und die leges Iulia et Papia Poppaea. Als ob man die Abneigung gegen Kindererzeugung durch Einschränkung des Erbrechts beseitigen könnte![3]) Nur die Gracchen hatten eine tiefere Einsicht in die Ursachen des Übels nnd versuchten eine Radikalkur, aber vergeblich. Ein Gelegenheitsgesetz, das schon im Altertum getadelt wurde (Cic. de rep. III 70), war auch die lex Voconia. Männern von strenger Römersitte, wie dem alten Cato, mißfiel die freie Art der Weiber, die

---

[1]) Sicher wenigstens teilweise durch die leges Iulia et Papia. Ob vollständig, ist streitig. S. Mommsen, Ges. Schr. III 192 und dort Zitierte.

[2]) Billeter, Geschichte des Zinsfußes im griechisch-römischen Altertum, 1898, S. 135 fg. Auch hier hat man a priori die Wuchergesetze (lex Marcia, Genucia) für Erfindung erklärt. Dem nüchteren römischen Sinn sei eine solche Albernheit nicht zuzutrauen (Zeyß). Es gibt noch heute im deutschen Volke Männer der Wissenschaft, die solche „Albernheit“ einführen wollen.

[3]) Eine Parallele zu all diesen verfehlten Versuchen mit untauglichen Mitteln ist die Gesetzgebung zur Heilung der städtischen Kurien, die in dem umfangreichen Titel XII 1 des Codex Theodosianus verzeichnet ist. Das schlimmste Beispiel einer Gelegenheitsgesetzgebung aus dem Altertum ist die lex Quisquis Cod. Theod. IX 14, 3. Vgl. dazu Gothofredus und Gibbon, Gesch. d. Untergangs des röm. Weltreiches cap. 32, Bd. VI S. 161 fg. der Übersetzung von Sporschil. Seeck, Gesch. d. Untergangs der antiken Welt V 562. Ernst v. Möller, Clarus aus Alexandria 1911, S. 183 fg.

aus der Stille des Hauses an die Öffentlichkeit traten, ihre Verschwendung und Putzsucht. Ein Beispiel davon gewährt Aemilia, die Gemahlin des älteren Scipio Africanus, von der Polybius XXXII 12, 3 fg. erzählt:

συνέβαινε δὲ τὴν Αἰμιλίαν μεγαλομερῆ τὴν περίστασιν ἔχειν ἐν ταῖς γυναικείαις ἐξόδοις ἅτε συνηκμακυῖαν τῷ βίῳ καὶ τῇ τύχῃ τῇ Σκιπίωνος· χωρὶς γὰρ τοῦ περὶ τὸ σῶμα καὶ τὴν ἀπήνην κόσμου, καὶ τὰ κανᾶ καὶ τὰ ποτήρια καὶ τἆλλα τὰ πρὸς τὴν θυσίαν ποτὲ μὲν ἀργυρᾶ ποτὲ δὲ χρυσᾶ πάντα συνεξηκολούθει κατὰ τὰς ἐπιφανεῖς ἐξόδους αὐτῇ, τό τε τῶν παιδισκῶν καὶ τὸ τῶν οἰκετῶν τῶν παρεπομένων πλῆθος ἀκόλουθον ἦν τούτοις.

Um den Reichtum der Frauen zu beschränken oder womöglich zu beseitigen, brachte der Volkstribun Q. Voconius Saxa das Gesetz ein, welches die testamentarische Erbeseinsetzung von Frauen für ungültig erklärte. Daß dieses der Zweck des Gesetzes war, ist ausdrücklich bezeugt (Gell. XX 1, 23. Quintil. declam. 264). Darum befürwortete der alte Cato das Gesetz [1]), geradeso wie er die Aufhebung des Oppischen Gesetzes, welches den Frauenluxus beschränkt hatte, i. J. 559/195 auf das eifrigste bekämpfte.[2]) Deshalb war das Gesetz auch auf die Frauen der wohlhabenden Klasse beschränkt.[3]) Man hat aber von jeher bemerkt, daß das Gesetz seinen Zweck nicht erfüllen konnte, wenn nur die testamentarische Erbfolge der Frauen aufgehoben oder eingeschränkt wurde, dagegen die Intestaterbfolge bestehen blieb, und man hat auf verschiedene Weise eine Erklärung versucht. Perizonius[4]) und Kind[5]) nahmen an, daß die lex Voconia auch das Intestaterbrecht der Frauen aufgehoben habe. Aber diese Ansicht läßt sich mit den bestimmten Zeugnissen der Alten nicht vereinigen und ist daher mit Recht von allen Neuern verworfen worden.[6]) Dagegen ist durchaus glaubwürdig die

---

[1]) Gell. VI (VII) 13, 2. XVII 6, 1. [2]) Liv. XXXIV 2—4.

[3]) mulier quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest Gai. II 274; cf. Dio Cass. LVI 10, 2.

[4]) Dissertationum trias, Deventer 1679 p. 104.

[5]) de lege Voconia diss. Leipz. 1820 p. 54 sq. So auch schon Cuiacius Opp. I 138. 456. VIII 1028. IX 922.

[6]) Vangerow p. 22 sq. Bachofen p. 20 sq.

Nachricht des Paulus, daß aus Erwägungen heraus, wie sie zum Voconischen Gesetz führten, die Erbberechtigung agnatischer Frauen auf den Grad der sorores consanguineae beschränkt wurde, Sent. IV 8, 20 (22) = Coll. leg. Rom. et Mos. 16, 3, 20:

> Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum.

Diese Einschränkung erfolgte durch die Interpretatio. Wann das geschah, läßt sich nicht mit Sicherheit sagen. Voconiana ratione[1]) kann bedeuten: nach Analogie der lex Voconia; dann wäre die einschränkende Auslegung eine Folge der lex Voconia, mußte also nach dem Jahre 169 eingetreten sein. Unbedingt nötig ist das aber nicht, wie Savigny[2]) betonte. Voconiana ratione kann auch bedeuten: aus Erwägungen heraus, wie sie die lex Voconia veranlaßt hatten, oder wie Savigny sagt: „durch Gewohnheitsrecht (iure civili), welches gleiche Beweggründe und Zwecke mit der lex Voconia hatte, nämlich den Zweck, dem Reichtum und Luxus der Frauen Schranken zu setzen.“ [3]) Danach könnte also die zivilrechtliche Beschränkung des Intestaterbrechtes der Frauen auch schon vor der lex Voconia eingetreten sein. Jedoch wird sie immer in dieselbe Periode, also die nächste Zeit nach dem Hannibalischen Kriege zu setzen sein. In diese aber und die ganze damals herrschende Stimmung paßt die Neuerung sehr gut hinein. Sie fügt sich durchaus in die Rechtsentwickelung, die von den wirtschaftlichen, politischen und sozialen Verhältnissen stets beeinflußt wird, und es ist kein Grund vorhanden, die Richtigkeit der Angaben des Paulus, die auch

---

[1]) Die Handschriften des Breviars haben: voconia narratione, die Berliner Handschrift der Collatio: voconia rationem, die Wiener: coniurationem. Cuiacius las: Voconiana rogatione, Pithoeus: Voconia rogatione oder relatione. An der Richtigkeit der Lesart: Voconiana ratione wird jetzt nicht mehr gezweifelt.

[2]) Verm. Schr. I 439.

[3]) „Dieser Neuerung scheint dieselbe ratio wie der lex Voconia zu Grunde zu liegen“ Zimmern in Neustetel und Zimmern, Römischrechtliche Untersuchungen, Heidelberg 1821 S. 314.



durch Justinian[1]) und Theophilus[2]) bestätigt wird, zu bezweifeln.[3])

Bedenken bestehen aber in anderer Beziehung, und sie sind auch von jeher geltend gemacht worden. Wir bemerkten schon, daß der hauptsächlichste Zweck der lex Voconia, nämlich die Beseitigung des Reichtums der Frauen, nur unvollkommen erreicht wurde, wenn das Intestaterbrecht der Frauen bestehen blieb. Mochte es auch durch die Einschränkung auf die suae heredes und die sorores einigermaßen beschnitten sein, so blieb doch, solange Töchter, Ehefrauen und Schwestern erbfähig waren, immer noch für sehr viele Frauen die Möglichkeit bestehen, zu Reichtümern zu gelangen. Der Erblasser hatte es ja völlig in der Hand, sein Vermögen seinen weiblichen näheren Verwandten dadurch zuzuwenden, daß er die Errichtung eines Testamentes unterließ. Dazu kam das eigentümliche Einwachsungsrecht der heres sua. War sie im Testament übergangen, so war dieses zwar gültig, allein die Übergangene erhielt gegenüber sui ihren Kopfteil, gegenüber extranei die Hälfte.[4]) Machte also der Vater einer einzigen Tochter gar kein Testament, so erhielt sie alles; machte er ein Testament, in welchem er sie überging, so erhielt sie mindestens den Kopfteil. Setzte er sie zur Erbin ein, so bekam sie nichts. Wie ist es denkbar, daß ein Gesetzgeber eine Vorschrift aufstellte, die so leicht zu umgehen war?

Man hat, um diesen Schwierigkeiten zu entgehen, verschiedene Wege eingeschlagen. Wir haben schon gesehen, daß Cujacius, Perizonius und Kind die Beseitigung auch des

---

[1]) Inst. III 2, 3. Cod. VI 58, 14. Die media iurisprudentia, quae erat lege quidem duodecim tabularum iunior, imperiali autem dispositione anterior, von welcher der Kaiser spricht, kann sehr wohl in das zweite vorchristliche Jahrhundert gesetzt werden. S. die folgende Note.

[2]) Paraphr. Inst. III 2, 3a. Theophilus schreibt die media iurisprudentia der Zeit zwischen den XII Tafeln und der Entstehung des Edikts unde cognati zu.

[3]) Vgl. auch Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 883. Euler, Über die Beschränkung des Intestaterbrechts der Frauen in Anhang von Burchardi, Grundzüge des Rechtssystems der Römer S. 305. Schirmer, Röm. Erbrecht I 136. Vering, Röm. Erbrecht S. 431.

[4]) Gai. II 124. Ulp. XXII 17. Paul. Sent. III 4b, 8. Inst. II 13 pr.

Intestaterbrechts der Frauen durch die lex Voconia annahmen. Doch das ist allgemein verworfen worden. Mehr Beifall fand die Ansicht von Hugo[1]) und Savigny[2]), wonach es gestattet war, diejenigen Frauen, denen ein gesetzliches Erbrecht zustand, auch im Testament zu Erben einzusetzen. Auch diese Ansicht ist jedoch nicht haltbar; sie ist schon von Vangerow[3]) widerlegt worden. Cicero in Verr. I 41, 104 fg. erzählt einen Fall, wonach P. Annius Asellus seine einzige Tochter zur Erbin einsetzte. Allerdings war diese Einsetzung gültig, aber nur, weil der Erblasser nicht zensiert war; sonst wäre sie nach der lex Voconia ungültig gewesen. Daß die Erbeseinsetzung der einzigen Tochter unzulässig war, zeigt auch die viel besprochene[4]) Stelle aus Cic. de rep. III 10, 17, wenn sie richtig ausgelegt wird:

> Cur autem, si pecuniae modus statuendus fuit feminis, P. Crassi filia posset habere, si unica patri esset, aeris milliens salva lege, mea triciens non posset?

Philus, der das Voconische Gesetz tadelt, sagt, Crassus könne seiner Tochter 100 Millionen hinterlassen, er selbst nicht 3 Millionen. Gemeint sein kann nur die Zuwendung durch legatum partitionis, ein Vermächtnis bis zur Hälfte des Vermögens. Danach muß Crassus ein Vermögen von 200 Millionen, Philus von 3 Millionen gehabt haben. Zuwendung durch Erbeseinsetzung ist ausgeschlossen.[5]) Das

---

[1]) Röm. Rechtsgesch. 11. Ausg. S. 388.

[2]) Verm. Schr. I 437 fg. Ähnlich auch Huschke, Zeitschr. f. Rechtsgesch. V, 1866, p. 178, 182. Er nimmt an, daß die lex Voc. die Einsetzung der suae gestattet, dagegen die agnatischen Frauen mit Ausnahme der soror consanguinea noch von der Erbfolge ausgeschlossen habe. Vgl. auch Gans, Erbr. II 177. Schweppe, Rechtsgesch. S. 444. Letzterer hielt nur die Einsetzung der unica filia für zulässig.

[3]) a. a. O. S. 22 fg.

[4]) Hasse, Zur lex Voc., Rhein. Mus. f. Jurispr. III 183 fg. C. Th. Zumpt, zu Ciceros Verrinen, 1831, p. 185 fg. Sauppe, in Orelli u. Baiters Onomasticon Tullianum III 300. Bachofen a. a. O. S. 94. Mommsen, Jur. Schr. III 514. Rein, Röm. Privatr. 2. Aufl. 780. Vangerow a. a. O. 24. Kahn a. a. O. 52. Huschke, Zeitschr. f. Rechtsgesch. V, 1866, 179. Costa, Cicerone Giureconsulto 1911, 216.

[5]) Das ist die Erklärung Mommsens, die von Costa und anderen gebilligt wird. Sie wird verworfen von Kahn S. 53 fg., der sich

wird bestätigt durch das Zeugnis des Augustinus de civ. dei III 21:

lata est illa lex Voconia, ne quis heredem feminam faceret, *nec unicam filiam.*[1])

Man darf nicht vergessen, daß der wohlhabende Römer normalerweise ein Testament errichtete und es auch beim Vorhandensein von sui heredes selten zur Intestaterbfolge kommen ließ. Er wollte Legate, Freilassungen und Substitutionen anordnen und namentlich, wenn er unmündige oder weibliche Erben hinterließ, Bestimmungen über die Vormundschaft treffen. Bei der großen Bedeutung der Geschlechtstutel konnte ihm grade, wenn er etwa eine einzige Tochter oder seine Frau in manu hinterließ, sehr viel daran liegen, diese von der Agnatentutel zu befreien. Hier legte ihm nun die lex Voconia ein Hindernis in den Weg. Das einzige Mittel, das ihm zu Gebote stand, um seine Absicht zu erreichen, war, der Tochter oder Gattin durch ein Partitionslegat die Hälfte des Vermögens zuzuwenden.[2]) Das mochte in vielen Fällen genügen, da er vielleicht auch, wenn er Tochter oder Frau hätte zur Erbin einsetzen dürfen, ihr doch die eine Hälfte des Vermögens durch Legate entzogen hätte. Genügte es ihm nicht, so half er sich damit, daß er einen Extraneus zum Erben ernannte und ihm fideikommissarisch auftrug, die Erbschaft der Tochter oder Gattin zu restituieren. Dieses Mittel ist schon frühe angewendet worden und ist vielleicht der wahre Anstoß zur Entwickelung des Universalfideikommisses gewesen. So hatte Quintus Fadius Gallus, wie Cic. de fin. II 17, 55 fg. erzählt, den P. Sextilius Rufus zum Erben eingesetzt und ihn gebeten, die ganze Erbschaft seiner Tochter herauszugeben; ebenso C. Plotius den Sex. Peducaeus, loc. cit. 58; Cicero selbst war Fiduziarerbe der Publilia gegenüber, die er dann heiratete, weil er das Geld

---

Hasse, Savigny, Rein und Vangerow anschließt. Noch anders Bachofen S. 94 fg. Eine Einigung über diese rätselhafte Stelle wird wohl nie erreicht werden. Sie enthält zu viele unbekannte Größen.

[1]) Angelo Mai änderte nec in nisi, aber mit Unrecht.

[2]) Cic. pro. Cluent. 7, 21. pro Caecin. 4, 12. 5, 15. Plut. Cat. 11. Laudatio Murdiae, Corp. Inscr. lat. VI 10230 = Dessau 8394 = Bruns-Gradenwitz, Fontes[7] p. 327 l. 4.

nötig brauchte, um der Terentia, von der er geschieden war, die Mitgift herausgeben zu können. Plut. Cicer. 41.[1])

Was das Akkreszenzrecht oder Einwachsungsrecht betrifft, so bestand es in Folgendem. Die nicht exheredierte, sondern nur präterierte sua heres erhielt neben sui heredes einen Kopfteil, neben extranei die Hälfte.[2]) Man streitet darüber, ob diese Bestimmung mit der lex Voconia vereinbar sei oder nicht. Die einen sagen, das Einwachsungsrecht müsse älter sein als die lex Voconia, denn es setze die Möglichkeit testamentarischer Einsetzung geradezu voraus.[3]) Die andern meinen, das Einwachsungsrecht sei geschaffen worden, um die Härten der lex Voconia zu mildern. Es sei ganz undenkbar, daß, wenn das Zivilrecht die Einsetzung der Tochter verlangte, ein Gesetz gegeben wurde, welches die Einsetzung verbot.[4]) Das Gesetz hätte dann zum mindesten das Einwachsungsrecht der Haustöchter abschaffen müssen.[5]) Beide Ansichten sind nicht einwandfrei. Gegen die erstere läßt sich sagen, daß die lex Voconia zwar die Erbeseinsetzung der Tochter verbot, aber doch gestattete, sie anderweitig zu bedenken. Das genügte aber, um die Folgen der Präterition zu beseitigen. Gai. II, 132: Sed feminini quidem sexus personae vel nominatim vel inter ceteros exheredari solent, dum tamen, si inter ceteros exheredentur, aliquid eis legetur, ne videantur per oblivionem praeteritae esse; cf. § 134. Ulp. reg. 22, 21. Das wird zwar nur von der filia postuma gesagt; aber nichts hindert, diesen Satz auch auf die lebende Tochter anzuwenden, ja anzunehmen, daß er von ihr erst recht gilt. Danach konnte also das Einwachsungsrecht sehr wohl erst entstehen, als die lex Voconia schon gegeben war. Er setzte nicht grade unbedingt die Möglichkeit testamentarischer Erbeseinsetzung

1) *Ἦν γὰρ ἡ παῖς σφόδρα πλουσία καὶ τὴν οὐσίαν αὐτῆς ὁ Κικέρων ἐν πίστει κληρονόμος ἀπολειφθεὶς διεφύλαττεν;* cf. Dio Cass. XLVI 18, 3. Cic. ad Attic. XII 32, 1; ad fam. IV 14, 3.

2) Gai. II, 124. Ulp. reg. 22, 17. Paul. Sent. III 4^b, 8. Inst. II 13 pr. Lex. Burg. 45, 4.

3) Hölder, Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts, Erlangen 1881, S. 108 fg.

4) Bachofen S. 57. Kahn S. 93 fg., 46, 110. Costa, Cicerone Giureconsulto 216.

5) Dies nimmt an Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 894.

voraus, sondern nur die Möglichkeit letztwilliger Zuwendnngen und Intestaterbrecht der Frauen. Derselbe Einwand entkräftet aber auch die zweite Ansicht. Das Einwachsungsrecht konnte der Tochter nie mehr als die Hälfte des Vermögens verschaffen. Diese Möglichkeit ließ ihr aber auch die lex Voconia offen. Eine Milderung der Härte des Gesetzes war also nicht nötig, und wenn sie beabsichtigt gewesen wäre, so wäre sie nicht erreicht worden, da das Einwachsungsrecht der Tochter keine größeren Vorteile verschaffte, als sie nach der lex Voconia ohnehin hatte. So läßt sich Gewißheit darüber, ob das Einwachsungsrecht älter oder jünger ist als die lex Voconia, nicht erlangen. War es älter, so ist es jedenfalls durch das Gesetz nicht berührt worden; denn es ist kaum anzunehmen, daß wir von einer solchen Bestimmung des Gesetzes keine Kunde haben sollten. Daß aber eine solche Bestimmung auch überflüssig gewesen wäre, haben wir soeben gesehen. War das Einwachsungsrecht jünger als das Gesetz, so kann es sehr wohl, insofern als es niemals der Haustochter mehr als die Hälfte der Erbschaft verschaffte, unter dem Einflusse der lex Voconia gestanden haben. Man nimmt meist an, daß es zur Zeit Ciceros noch nicht bestand. Denn dieser erzählt de fin. II 17, 55, daß Fadius Gallus mit Übergehung seiner Tochter den Sextilius Rufus zum Erben einsetzte und ihn bat, die Erbschaft der Tochter herauszugeben. Sextilius unterließ das und behielt die gesamte Erbschaft. Dies hätte er nicht tun können, sagt man, wenn das Einwachsungsrecht schon bestanden hätte. Denn dann hätte die Tochter von dem heres extraneus die Hälfte der Erbschaft verlangen können. Davon aber sage Cicero kein Wort. Indessen sein Schweigen ist nicht voll beweisend, und selbst seine Worte „Tenuit permagnam Sextilius hereditatem, unde, si secutus esset eorum sententiam, qui honesta et recta emolumentis omnibus et commodis anteponerent, nummum nullum attigisset“ lassen die Möglichkeit offen, daß Sextilius der Tochter des Fadius ein Legat, vielleicht sogar bis zur Hälfte der Erbschaft, entrichtete. Wer das für unmöglich hält, muß doch zugeben, daß Fadius seine Tochter exherediert haben konnte.[1])

[1]) Den Fall des C. Annius Asellus, Cic. in Verr. II 1, 41, 105 sq., den man gleichfalls heranzieht, werden wir unten besprechen.

Indessen mag es immerhin wahrscheinlicher sein, daß das Einwachsungsrecht nach Ciceros Zeit in der Praxis des Zentumviralgerichts sich herausbildete, welches die präterierte Tochter als quasi scripta betrachtete.[1]) Dann wurde auch diese beschränkte Begünstigung der Tochter sehr bald erweitert durch das prätorische Edikt, welches den präterierten Töchtern durch die bonorum possessio contra tabulas die Möglichkeit unbeschränkter Erbfolge eröffnete.[2]) Dieses Edikt war dem Labeo bereits bekannt, Dig. 37, 4, 8, 11.[3]) Antoninus Pius stellte den ursprünglichen Zustand wieder her, indem er anordnete, daß auch durch die bonorum possessio contra tabulas die Frauen nicht mehr erhalten sollten, als nach dem Einwachsungsrecht möglich war.[4]) Wir sehen hier ein ähnliches Schwanken der Rechtsentwicklung bezüglich der Intestaterbfolge der Frauen, wie wir es oben bei der testamentarischen Einsetzung beobachtet haben, wie es aber Kooiman für unmöglich hält.

Unsere ganze Betrachtung aber hat uns gezeigt, wie wichtig für die Erforschung und Beurteilung des römischen Frauenerbrechts die lex Voconia ist, mit der sich eingehender zu beschäftigen Kooiman nicht für nötig gehalten hat. Sie steht so recht im Mittelpunkt der ganzen Entwicklung und läßt uns erkennen, welche Beweggründe für die Änderung der Rechtszustände maßgebend waren. Es ist hier in der Tat mit aprioristischen Erwägungen nicht viel auszurichten. Es muß vielmehr jede einzige Notiz, die uns erhalten ist, herangezogen und sorgsam geprüft werden. Ohne die oft gescholtene Mikrologie lassen sich einigermaßen sichere Ergebnisse nicht gewinnen. Gerade die Frage aber, die uns beschäftigt, hat nicht nur historisches Interesse, sondern ist von viel weitergehender Bedeutung. Sie zeigt uns die Rechts-

[1]) Cod. 6, 28, 4, 1. Vgl. Costa p. 218. [2]) Gai. II 125.

[3]) Girard Manuel[5] 859, 2.

[4]) Gai. II 126. Cod. Just. 6, 28, 4, 1. Justinian oder vielmehr Tribonian schreibt die Konstitution irrtümlich dem Caracalla zu. Vgl. Krüger zu der Stelle und Fitting, Alter und Folge der Schriften römischer Juristen, 2. Aufl. S. 56 Anm. g. Andrer Meinung Kniep, Gai institutionum commentarius secundus §§ 87—289, S. 211 fg. Er glaubt, daß Tribonians Angabe richtig und der § II 126 bei Gajus ein späterer Zusatz sei. Das scheint mir nicht richtig.

stellung der Frau bei einem Volke, dessen Rechtseinrichtungen vorbildlich waren und auf die Rechtsentwicklung der ganzen Menschheit den größten Einfluß hatten.

II. Einzelne Fälle.

1. Cic. in Verr. II, 1, 41, 115 sq. P. Annius Asellus hatte in seinem Testamente seine einzige noch unmündige Tochter zur Erbin eingesezt und ihr den L. Annius substituiert, ob pupillariter oder vulgariter wird nicht gesagt, ist auch für unsere Untersuchung gleichgültig. Verres erließ ein Edikt, nach welchem der Tochter der Erwerb der Erbschaft versagt wurde.

Kooiman S. 290 folgert hieraus, daß zu Ciceros Zeit die Töchter nicht ab intestato erbten. Denn Annius Asellus hätte ja sonst seiner Tochter sein Vermögen dadurch zuwenden können, daß er kein Testament errichtete. Aus der Erzählung Ciceros geht aber hervor, daß der Erblasser einen Substituten ernannte, und schon dazu war Testamentserrichtung nötig. Außerdem hinterließ er eine Witwe (§ 105), der sicherlich etwas zugewendet wurde, da das Vermögen sehr groß (pecuniam grandem § 106) war. Es ist nicht einmal mit Sicherheit aus Ciceros Darstellung zu schließen, daß die Tochter Alleinerbin war (de suis bonis ita dat, ut ab iure non abeat § 114; nicht: sua bona dat). Endlich ist die Rede von Vormündern (§ 106); diese konnten zwar die nächsten Agnaten, ebensogut aber auch tutores testamentarii sein. Kurz, es lagen für Annius Asellus genug Gründe vor, um ein Testament zu errichten, und die Stelle beweist nicht das geringste gegen das Intestaterbrecht der Frauen.

2. Cic. de fin. II 17, 55 sq. Hiervon ist schon mehrfach die Rede gewesen. Q. Fadius Gallus hatte in seinen Testamente den P. Sextilius Rufus zum Erben eingesetzt und dabei bemerkt, daß er ihn gebeten habe, die Erbschaft seiner (des Erblassers) Tochter zu restituieren. Der Erbe bestritt, daß eine solche Bitte an ihn gerichtet worden sei; er sagte ferner, da er die lex Voconia beschworen habe, so dürfe er sie nicht übertreten oder umgehen. Das würde er aber tun, wenn er das Fideikommiß ausführe und die Erbschaft der Tochter

herausgebe. Diese Handlungsweise wird von Cicero als den Vorschriften der Sittlichkeit widersprechend schwer getadelt.

Wieder meint Kooiman (S. 291 fg.), der Erblasser hätte, wenn seine Tochter Intestaterbrecht gehabt, sein Ziel viel einfacher erreicht, wenn er die Testamentserrichtung unterlassen hätte. Das hätte er allerdings vielleicht getan, wenn er die Unredlichkeit des heres fiduciarius geahnt hätte. Zur Testamentserrichtung aber können ihn allerlei Gründe bewogen haben, die wir aus Ciceros kurzer Erzählung natürlich nicht entnehmen, sondern nur ahnen können. Nur eins ist deutlich zu erkennen, daß nämlich Fadius Gallus, da er nun einmal ein Testament errichtete, seine Tochter darin deshalb nicht zur Erbin einsetzte und den Umweg über das Fideikommiß wählte, um ihr die Erbschaft zuzuwenden, weil ihn die lex Voconia hinderte. Er war jedenfalls zensiert. Dadurch unterschied er sich von Annius Asellus. Von diesem sagt Cicero ausdrücklich, daß er seine Tochter zur Erbin einsetzte und nach der lex Voconia, d. h. nach der damals üblichen Auslegung des Gesetzes, einsetzen durfte, weil er nicht zensiert war.[1]) Ein Fall, in dem der Erblasser seinem suus heres die Erbschaft durch Fideikommiß zuwandte, ist bekanntlich Dig. 36, 1, 48 (46). Der Admiral der britannischen Flotte Seius Saturninus hatte den Kapitän Valerius Maximus zum Erben ernannt und ihn ersucht, die Erbschaft seinem Sohn Seius Oceanus, wenn er das sechzehnte Lebensjahr erreicht hätte, herauszugeben. Seius Oceanus starb vorher, aber gleichwohl durfte Valerius Maximus die Erbschaft nicht behalten. Man sah das Universalfideikommiß als eine Art Vormundschaftsbestellung an:

> scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur.

Warum aber ernannte dann Seius Saturninus nicht seinen Sohn zum Erben und bestellte er den Valerius Maximus zum Vormund? Man hat gemeint, weil er seinem vertrauten Freunde eine freiere Stellung, uneingeschränkt durch die Aufsicht und Bevormundung des Obervormundschaftsgerichtes

[1]) Cic. in Verr. II 1, 41, 104: is cum haberet unicam filiam neque census esset. Bachofen S. 31 fg.

(praetor tutelaris) verschaffen wollte.[1] Das ist möglich, aber doch nicht sehr wahrscheinlich. Möglicherweise war das Testament des Seius Saturninus ein Soldatentestament, in welchem die Bestellung eines Vormundes, soweit dadurch Rechte anderer verletzt wurden, unzulässig war.[2] Ein solcher Grund konnte allerdings bei Fadius Gallus nicht vorliegen. Aber der Fall des Seius Saturninus zeigt, wie schwer für uns die Gründe der testamentarischen Anordnungen römischer Erblasser erkennbar sind. Daraus, daß jemand seine einzige Tochter im Testamente zur Erbin einsetzte, oder daß er sie nicht einsetzte, ihr dagegen die Erbschaft fideikommissarisch zuwandte, zu schließen, daß die Tochter kein Intestaterbrecht gehabt habe, dazu sind wir nicht berechtigt. Ein solcher Schluß ist ein Trugschluß.

3. Val. Max. VII 8, 1. Sempronius Tuditanus, ein Sonderling, hatte seine Tochter zur Erbin eingesetzt. Tib. (Sempronius) Longus, sanguine proximus, also vermutlich der nächste Agnat, focht das Testament vor dem Zentumviralgericht an, indem er, wie es scheint, behauptete, daß der Erblasser geisteskrank gewesen sei[3]), aber vergeblich. Dazu bemerkt Kooiman, daß, wenn die Tochter Intestaterbrecht gehabt hätte, sie bei Nichtigkeit des Testamentes ihren Vater ab intestato beerbt hätte, also der Angriff des Agnaten sinnlos gewesen wäre. Die Erzählung habe nur Sinn, wenn die Tochter kein Intestaterbrecht gehabt hätte. Das klingt sehr überzeugend. Aber es fragt sich, ob die Prämissen des Schlusses richtig sind.

Kooiman druckt die ganze Stelle des Valerius Maximus ab, ohne sich jedoch um die Lesarten zu kümmern. Das

---

[1]) Ich erinnere mich nicht mehr, wo ich diese Ansicht gelesen habe, und finde die Stelle nicht mehr.

[2]) Papin. Dig. 26, 7, 40: privilegium militum ad alienam iniuriam porrigi non oportet nec in aliis circa supremam voluntatem imperitiae venia datur quam in bonis militum, filii vero tutela iure patriae potestatis, non militiae praemio mandatur. Ulp. Dig. 29, 1, 28: hereditati suae miles qualem vellet substitutionem facere potest, verum tamen alienum ius minuere non potest. Schmidtborn, Das Soldatentestament, Erlangen 1914, S. 93.

[3]) Das sagt Valerius Maximus nicht ausdrücklich, es ergibt sich aber aus dem Zusammenhang der Stelle.

ist aber bei einer solchen Untersuchung notwendig. Wir lesen bei Kooiman: Testamento filiam instituit heredem. Überliefert ist aber in allen Handschriften filium, nicht filiam. Der neuste Herausgeber, Kempf, gibt daher als Text: Testamento filium instituit heredem. Nur die Epitome des Julius Paris aus dem Ende des IV. oder dem Anfang des V. Jahrhunderts hat filiam, und danach ist diese Lesart am Rande der Berner Handschrift angemerkt. Aber auf die Epitome ist wenig zu geben; sie macht z. B. aus Sempronius Tuditanus einen Menenius Agrippa. Man hat gleichwohl schon, ehe die Epitome des Paris, die erst von Angelo Mai 1828 herausgegeben wurde, bekannt war, filiam vermutet, so bereits Perizonius nach dem Vorgang des Pighius; denn Tuditanus hatte vermutlich keinen Sohn. Wir kennen jedenfalls nur eine Tochter von ihm, die mit Fulvius Bambalio verheiratet war.[1]) Aus dieser Ehe ging eine Tochter hervor, die berüchtigte Fulvia, die Gemahlin des Clodius, Curio und Marcus Antonius.[2]) Da nun die Lesart filiam Schwierigkeiten machte, so vermutete Perizonius Fulvium, was Halm billigte, Kempf Fulviam (die Enkelin von der Tochter her). Justus Lipsius hatte Ofilium vorgeschlagen, was aber schon Perizonius mit Recht verwarf, da diese Konjektur ganz haltlos ist. Was nun Valerius Maximus wirklich geschrieben hat, ist nicht mehr zu ermitteln. Es ist aber mehr als bedenklich, auf eine so unsichere Lesart eine Hypothese aufzubauen.

Wir können diese Stelle noch nicht verlassen. Kooiman, der von der Lesart „filiam“ ausgeht, sagt, Tuditanus habe seine Tochter zur Erbin eingesetzt, weil sie kein Intestaterbrecht hatte; denn sonst hätte er ja kein Testament zu errichten brauchen. Von der lex Voconia sei nicht die Rede. Dazu war aber keine Veranlassung, wenn die richtige Lesart Fulvium lautete. Hätte aber Tuditanus seine Tochter oder Enkelin (Fulvia) eingesetzt, so hätte das allerdings gegen die lex Voconia verstoßen. Daß sich nun Longus, der das Testament anfocht, nicht auf die lex Voconia berief, sondern die Nichtigkeit des Testamentes mit der Geisteskrankheit

---

[1]) Cic. Phil. 3, 6, 16. 2, 36, 90. Dio Cass. 45, 47, 4. 46, 7, 1; 28, 1.

[2]) Ascon. in Milon. p. 35, 22 ed. Kießl. Plut. Anton. 10. Münzer in Pauly-Wissowas Realenz. s. v. Fulvia.

des Erblassers zu begründen suchte, kann verschiedene Gründe gehabt haben. Erstens konnte nach der damals herrschenden Auslegung die lex Voconia unanwendbar sein, weil Tuditanus nicht geschätzt war.[1]) Sodann ist es höchst zweifelhaft, ob die Erbschaft, welche eine im Testament eingesetzte Frauensperson wegen der lex Voconia nicht erhalten konnte, an die übrigen Testamentserben oder die Intestaterben fiel. Es ist vielmehr nach einer Bemerkung des jüngeren Plinius in seinem Panegyricus auf Traian c. 42[2]) häufig angenommen worden, daß sie als caduca an das Ärar fiel.[3]) Wenn das richtig ist, so hatte Sempronius Longus allen Grund, sich nicht auf die lex Voconia zu berufen.

Damit sind die Stellen erledigt, welche Kooiman für seine Ansicht angeführt hat. Sie können alle nichts dafür beweisen, daß den Frauen zur Zeit Ciceros das Intestaterbrecht gefehlt habe.[4]) Ich will nur einige Stellen besprechen, die Kooiman mit viel besserem Rechte und Erfolge für sich hätte ausbeuten können.

4. Polybius 32, 8 fg. erzählt charakteristische Züge aus dem Leben des jüngeren Scipio Africanus, die dessen edelmütige Gesinnung in helles Licht setzen sollen. Sie sind

---

[1]) Cic. in Verr. II 1, 41, 104: Is cum haberet unicam filiam *neque census esset,* quod natura hortabatur, *lex nulla prohibebat,* fecit, ut filiam bonis suis heredem institueret. Gai. II 274. Bachofen S. 33fg. Rudorff, Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX, 1870, S. 310. Daß ein Bürger nicht geschätzt wurde, war damals leicht möglich. Denn der Zensus wurde sehr unregelmäßig abgehalten und war durch Sulla faktisch beseitigt, Mommsen, Staatsrecht II³ 336. Ges. Schr. I 409. Lange, Röm. Altertümer I³ 819, 820. III² 164. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 860.

[2]) Locupletabant et fiscum et aerarium non tam Voconiae et Iuliae leges quam maiestatis singulare et unicum crimen eorum qui crimine vacarent.

[3]) Voigt, Röm. Rechtsgesch. I 509. II 714. Bachofen 121 fg. Huschke, Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. V, 1866, p. 178, führt noch Plut. Cat. min. 16 an, woraus sich ergibt, daß das Ärar mit Erbschaften zu tun hatte.

[4]) Kooiman bespricht nach Cic. pro Flacco 34, 84, weil man, wie er meint, daraus ein Argument gegen ihn herleiten könnte. Es handelt sich darum, ob der Ehemann durch usus die manus über eine Frau erhalten konnte, die sich in legitima tutela agnatorum befand. Mir scheint die Frage für das Intestaterbrecht der Frauen bedeutungslos. Ich unterlasse daher die Besprechung der Stelle.

alle juristisch sehr merkwürdig und für die Rechtsgeschichte bedeutsam. Uns soll hier nur eine Tatsache beschäftigen. Scipio beerbte die Mutter seines Adoptivvaters, Aemilia, die Schwester seines natürlichen Vaters, des Aemilius Paulus, des Siegers von Pydna.[1]) Er schenkte allen Schmuck und alle Kostbarkeiten aus der sehr reichen Erbschaft seiner (natürlichen) Mutter Papiria. Nach deren Tode beerbte er sie. Er wollte die Geschenke nicht behalten[2]), sondern schenkte die ganze Erbschaft seinen beiden (natürlichen) Schwestern. Dazu bemerkt Polybius:

καὶ ταῦτα καὶ τὴν λοιπὴν οὐσίαν τὴν τῆς μητρὸς ἅπασαν ἀπέδωκε ταῖς ἀδελφαῖς, ἧς οὐδὲν αὐταῖς προσῆκε κατὰ τοὺς νόμους.

Welche *νόμοι* sind hier gemeint? Schon Valesius bezog sie auf die lex Voconia. Aber von den zahlreichen Schriftstellern, die sich mit diesem Gesetz beschäftigt haben, haben nur Wieling und Kind die Stelle des Polybius berücksichtigt. Und doch ist sie der Beachtung wert. Polybius, der intime Freund des Scipio, ein Bewunderer der Römer, mit deren Staatseinrichtungen er sich vertraut gemacht hatte, wie selten ein Grieche, hat sicher auch vom römischen Privatrecht Kenntnis gehabt. Wenn er schreibt *κατὰ τοὺς νόμους,* so kann er nicht an die lex Voconia allein gedacht haben. Papiria starb nach ihrem Gemahl L. Ämilius Paulus, dessen Tod in das Jahr 160 fällt, also nach der lex Voconia. Ob diese aber von Polybius gemeint sein kann, das hängt vor allem davon ab, ob Scipio seine Mutter Papiria ab intestato oder aus einem Testamente beerbte. Das erstere ist wohl ausgeschlossen. Hatte Ämilius Paulus mit der Papiria in Manusehe gelebt, so war sie filiae loco. Scipio hätte sie dann als frater consanguineus beerbt, wenn er nicht durch Adoption in eine andere Familie das Band der Agnatio gelöst hätte. Zudem war Papiria von ihrem Gemahl geschieden. Daher hatten auch ihre Töchter kein ziviles Intestaterbrecht ihr gegenüber. An prätorische Erbfolge ist für diese Zeit nicht

[1]) Ob als Testamentserbe oder ab intestato, wird nicht gesagt. Möglich ist beides, falls der ältere Scipio in Manusehe vermählt war.

[2]) *ἀπέσχε τοῦ κομίσασθαί τι ὧν πρότερον ἐδωρήσατο. κομίζεσθαι* = retinere, nicht = recipere.

zu denken.[1]) Es kann sich also nur um testamentarische Erbfolge handeln.[2]) Dann ist aber nicht zu begreifen, wie Polybius sagen konnte: *ἧς (οὐσίας) οὐδὲν αὐταῖς (ταῖς ἀδελφαῖς) προσῆκε κατὰ τοὺς νόμους.* Denn nach der lex Voconia konnte die Mutter jeder der Töchter ein Partitionslegat in gleicher Höhe wie dem Erben, also hier bis zu einem Drittel der Erbschaft, aussetzen. Hatte sie die Töchter übergangen, so hatten sie zwar kein Anwachsungsrecht, da sie der Mutter gegenüber nicht suae heredes waren, aber sie waren dann nicht *κατὰ τοὺς νόμους,* sondern durch das Testament ausgeschlossen. Ich sehe nur eine Erklärung. Papiria war arm[3]); sie war erst durch die Schenkung ihres Sohnes zu Wohlstand oder Reichtum gelangt. Daher wird sie ihn aus Dankbarkeit zum Erben eingesetzt haben, indem sie ihre Töchter überging. Diese hatten nach dem Zivilrecht, d. h. nach den zwölf Tafeln, keinen Anspruch auf die mütterliche Erbschaft, da sie der Mutter gegenüber nicht die Rechtsstellung der suae hatten. Die *νόμοι* sind also nicht die lex Voconia, sondern die zwölf Tafeln.

5. In seinem 68. Gedicht, der Elegie an Allius[4]), schildert Catull die heiße, abgrundtiefe Liebe der Laodamia zu Protesilaos, der von der Hochzeit in den troischen Kampf zog und dort als erster fiel. Der Dichter bedient sich zu seinem Zwecke zweier Gleichnisse, deren erstes juristischen Inhalt hat. Das berührt etwas eigentümlich, erklärt sich aber einigermaßen dadurch, daß der Dichter, wie seine Er-

---

[1]) Gleichwohl nimmt das Kind an p. 60. Er läßt Scipio ab intestato iure praetorio ex capite unde liberi erben. Selbst wenn das der Zeit nach möglich wäre, so können *νόμοι* nicht das Edikt bedeuten, und dann hätten die Schwestern des Scipio das gleiche Erbrecht wie er gehabt. Kind sucht diese Schwierigkeit durch die Annahme zu beseitigen, daß die lex Voconia auch die Intestaterbfolge der Weiber verboten habe.

[2]) So auch Wieling p. 210, der aber die Verwandtschaftsverhältnisse ganz verkehrt auffaßt.

[3]) *ἧ συνέβαινε . . τὴν τοῦ βίου χορηγίαν ἐλλιπεστέραν ἔχειν τῆς κατὰ τὴν εὐγένειαν φαντασίας.*

[4]) Darüber besonders Vahlen, Sitzungsberichte der Berl. Akad. d. Wissensch. 1902, S. 1024 fg.

klärer annehmen, den Pindar (Olymp. 11, 86[1])) oder den Homer (Il. 9, 481) nachahmt, dessen Bild er aber auf römische Verhältnisse überträgt. Die Verse lauten (119 fg.):

nam nec tam carum confecto aetate parenti
 una caput seri nata nepotis alit,
qui, cum divitiis vix tandem inventus avitis
 nomen testatas intulit in tabulas,
inpia derisi gentilis gaudia tollens
 suscitat a cano volturium capiti.

Das heißt: nicht so teuer (wie Protesilaos der Laodamia) ist das Haupt des spät gebornen Enkels, das die einzige Tochter dem vom Alter gebeugten Vater nährt, des Enkels, der endlich als Erbe für die Reichtümer des Großvaters gefunden ward und dessen Name nun in die Testamentsurkunde eingetragen wurde[2]), so daß er, die gottlose Freude des geprellten Gentilen beseitigend, vom grauen Haupt den Geier[3]) verscheucht.

Auf die Erbschaft des reichen Mannes hofft ein Gentile; seine Hoffnung wird zuschanden, als dem reichen Manne von seiner einzigen Tochter ein Enkel geboren wird. Nunmehr errichtet der Großvater ein Testament und setzt seinen Enkel zum Erben ein.[4]) Seine Tochter konnte er nicht zur Erbin

[1]) *ἀλλ' ὥτε παῖς ἐξ ἀλόχου πατρὶ ποθεννὸς ἵκοντι νεότατος τὸ πάλιν ἤδη, μάλα δὲ οἱ θερμαίνει φιλότατι νόον· ἐπεὶ πλοῦτος ὁ λαχὼν ποιμένα ἐπακτὸν ἀλλότριον θνάσκοντι στυγερώτατος.*

[2]) qui nomen intulit sehr kühn für cuius nomen inlatum est.

[3]) d. i. den Erbschleicher, beliebtes Bild der römischen Litteratur: Senec. epist. 95, 43: Amico aliquis aegro adsidet: probamus. at hoc hereditatis causa facit: vultur est, cadaver exspectat. Plaut. Trin. 101. Truc. 337. Capt. 844. Martial. 6, 62, 4. Ovid. Trist. 1, 6, 11. Suid. s. v. *ἄπειροι γῦπες*. Friedländer, Sittengeschichte I 367 ff.

[4]) Friedrich nimmt in seinem Kommentar zu der Stelle an, daß der Erblasser in seinem bereits errichteten Testamente an Stelle des Gentilen den Enkel zum Erben einsetzte. Das ist natürlich unmöglich. Der Großvater hätte ein neues Testament errichten müssen. Undenkbar ist auch, daß der Erblasser im Testament den Enkel als postumus eingesetzt hätte. Das wäre nach dem damals geltenden Rechte unzulässig gewesen. Aquilius Gallus ließ nur die Einsetzung der Enkel von Söhnen zu und nur solchen, die nach den Tode des Erblassers geboren wurden. Einer solchen Annahme würden auch die Worte nomen intulit in tabulas sich nicht fügen. Die Erbeseinsetzung des Enkels erfolgte erst nach seiner Geburt; erst jetzt wurde das Testament errichtet.

einsetzen wegen der lex Voconia, und ab intestato konnte diese ihn nicht beerben, weil sie, in Manus-Ehe vermählt, die Rechte der Agnation verloren hatte. Aber natürlich hätte der Alte durch Einsetzung jedes beliebigen andern, z. B. seines Schwiegersohnes, dem Gentilen die Erbschaft entziehen können. Darauf kommt es dem Dichter weiter nicht an. Unberechtigt wäre es aber, aus dieser Stelle zu schließen, daß die Frauen, als Catull das Gedicht schrieb, kein Intestaterbrecht gehabt hätten. Es beweist nur, daß damals die lex Voconia noch in Geltung war und daß das Edikt unde cognati noch nicht erlassen war, und Voraussetzung ist die Manus-Ehe der Tochter, wie das bereits Huschke erkannte, der einzige, dessen Gelehrsamkeit sich dieses Gedicht nicht entgehen ließ.[1])

6. Wir betrachten schließlich mit einem Blick die laudatio Turiae.[2]) Sie ist gehalten zwischen 746 und 752 a. u. c. (8—2 v. Chr.) von dem Ehemann[3]) der Turia, der bei den Proskriptionen der Triumvirn Antonius, Oktavian und Lepidus i. J. 42 v. Chr. durch sie gerettet wurde. Sie hatte eine Schwester, die mit Cluvius in Manus-Ehe verheiratet war.[4]) In dem Testamente ihres Vaters war sie mit ihrem Bräutigam, dem Redner, zu Erben eingesetzt[5]), ihre Schwester mit einem Quotenlegat bedacht.

Es wurde, vermutlich von einem Agnaten oder Gentilen des Vaters der Turia, behauptet, das Testament sei rumpiert, da sich der Erblasser nach Errichtung desselben in Manus-Ehe vermählt habe. Die Folge wäre gewesen, daß Turia

---

[1]) Zeitschr. für Rechtsgesch. V, 1866, p. 178.

[2]) C. I. L. VI 1527. Suppl. 31670. Bruns-Gradenwitz, Fontes[7] p. 321. Dessau 8393. Mommsen, Ges. Schr. I 393. Huschke, Zeitschr. f. Rechtsgesch. V, 1866, 179 fg.

[3]) Nach Mommsens Annahme war es Q. Lucretius Vespillo; dagegen Hirschfeld, Bormannheft der Wiener Studien Jahrg. 24, Heft 2 S. 1 fg., und Vaglieri, Notizie degli scavi 1898 S. 412 ff.

[4]) Sie hatte daher kein ziviles Intestaterbrecht. Nach Mommsen auch kein prätorisches. Aber daß damals überhaupt von prätorischem Intestaterbrecht noch nicht die Rede sein konnte, bemerkt mit Recht Moriaud, La simple famille paternelle p. 180. Was er weiter gegen Mommsen vorbringt, ist unzutreffend.

[5]) Rudorff nahm an, daß die beiden Töchter zu Erbinnen eingesetzt waren. Das ist von Mommsen und Huschke widerlegt worden.

Alleinerbin wurde, aber unter die Agnatentutel kam, und daß ihre Schwester ganz leer ausging. Dem widersetzte sich Turia mit aller Macht. Sie erklärte, das Testament sei nicht rumpiert.[1]) Sollte das aber doch angenommen werden, so werde sie auf jeden Fall die Erbschaft mit ihrer Schwester teilen. Die Agnatentutel werde sie nicht anerkennen, weil diejenigen, die sie beanspruchten, einer anderen Gens angehörten. Die Gegner standen daraufhin von ihrem Angriffe gegen das Testament ab, wie es scheint, noch bevor es zum Prozeß kam.

Wir sehen aus dieser Darstellung, daß zur Zeit Ciceros, in welche der Tod des Vaters der Turia fiel, die Tochter, die nicht durch Coemptio in eine andere Familie übertrat, Intestaterbrecht hatte. Dieses unwiderlegbare Zeugnis hat Kooiman nicht beachtet. Allerdings konnte dann die Erbin unter die Agnatentutel kommen, falls berechtigte Agnaten vorhanden waren. Die Verfügungsmacht über das Vermögen war ihr damit entzogen. Das ändert aber nichts daran, daß sie Herrin des Vermögens war. Die Unterscheidung von Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit, die in den Institutionen des Gajus mit aller Deutlichkeit dargestellt wird, ist offenbar den Römern schon frühe geläufig gewesen. Kooiman verwirrt vollkommen die Begriffe, wenn er meint (S. 297), das Intestaterbrecht hätte keinen Wert gehabt, wenn die Frau doch nicht selbständig war; es wäre eine große Torheit gewesen, sie sogar zum Rechtssubjekt zu machen.[2]) Wir meinen umgekehrt,

[1]) Wie sie das begründet, ist nicht gesagt. Mommsen (S. 410) meint, sie scheine ihrer Sache nicht eben sicher gewesen zu sein. Das Tatsächliche scheine festgestanden zu haben. Turia scheine geltend gemacht zu haben, daß ihre Stiefmutter, deren Eintritt in die manus das Testament brach, vor oder mit dem Erblasser weggefallen sei; in diesem Falle hielt später der Prätor das nach Zivilrecht gebrochene Testament aufrecht. Das galt allerdings noch nicht in der Zeit, der unser Dokument angehört; aber „es mögen doch die Anfänge dieser milderen Praxis insofern schon in diese Zeit zurückreichen, daß ein Advocat dieselbe wenigstens begehren durfte". Das halte ich für unwahrscheinlich. Schwerlich hätte daraufhin die Gegenpartei ihren Angriff auf das Testament aufgegeben.

[2]) Kooiman beruft sich für seine Ansicht auf die Worte des älteren Cato bei Livius 34, 2: Maiores nostri nullam, ne privatam quidem rem agere feminas sine tutore auctore voluerunt; in manu esse

es wäre überflüssig gewesen, die Frauen unter Tutel zu stellen, und die Tutel hätte nicht eine so große und wichtige Rolle gespielt, wenn die Frauen kein Vermögen gehabt hätten.

Die Stellen, die Kooiman zum Beweis seiner These herangezogen hat, haben sich als unbrauchbar gezeigt. Andrerseits gibt es genug Nachrichten in der Literatur und sonstigen Dokumenten, welche ein Intestaterbrecht der Frauen schon in der Zeit nach dem zweiten punischen Kriege als sicher erweisen. Für die ältere Zeit fehlen zuverlässige Nachrichten, wenn man nicht etwa aus der Erbschaft der Acca Larentia [1]), der Amme des Romulus, Schlüsse ziehen will, wie allerdings ältere Schriftsteller getan haben. So abgeschmackt, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag, ist das nicht. Denn grade die Sagen und Märchen können wichtige Zeugen für Rechtssitten alter Völker sein. Partsch beginnt seine Darstellung des griechischen Bürgschaftsrechts mit einer Untersuchung der Rechtsfolgen, die sich an das Liebesabenteuer des Ares und der Aphrodite knüpfen. Welche Bedeutung haben für die ältere deutsche Rechtsgeschichte die Heldensagen! Wenn die römische Sage berichtet, daß Acca Larentia ihren Gemahl beerbte [2]), so ist das ein Zeugnis dafür, daß das Volk eine Erbfolge der Frau für etwas ganz Selbstverständliches hielt, und man kann daran nicht ohne weiteres vorübergehen. Wer die Behauptung aufstellt, daß die Gesetzgeber der zwölf Tafeln die Frauen grundsätzlich von der Erbfolge ausgeschlossen haben oder daß sie das unterlassen haben, weil sie die Beschränkung der Erbfolge auf die Männer für selbstverständlich hielten und ihnen der Gedanke an die Möglichkeit weiblicher Erbfolge ebensowenig in den Sinn kam

parentium, fratrum, virorum: nos si diis placet, iam etiam rem publicam capessere eas patimur, et foro quoque et contionibus et comitiis immisceri. Sie beweisen gerade das Gegenteil.

[1]) Plut. Romul. 5; quaest. Rom. 35. Gell. 7, 7, 5sq. Macrob. Sat. I 10, 12sq.

[2]) Plut. l. c. *Οὗτος (Ταρρούτιος) ἔγνω τὴν Λαρεντίαν καὶ ἠγάπησε, καὶ τελευτῶν ἀπέλιπε κληρονόμον ἐπὶ πολλοῖς καὶ καλοῖς κτήμασιν, ὧν ἐκείνη τὰ πλεῖστα τῷ δήμῳ κατὰ διαθήκας ἔδωκε.* Macrob. l. c. § 14: cuius voluntatem secuta adsumptaque nuptiis post obitum viri omnium bonorum eius facta compos, cum decederet, populum Romanum nuncupavit heredem.

wie den früheren Gesetzgebern moderner Staaten der Gedanke an aktive oder passive Beteiligung der Frauen an Staatsgeschäften, der muß dafür andere Beweise erbringen, als bisher geschehen. Denkbar wäre der Ausschluß der Frauen neben männlichen Erben, also der Töchter neben den Söhnen. Man könnte sich dafür auf das von uns oben behandelte Zeugnis des Polybius berufen. Aber dieses Zeugnis verlangt, wie wir gesehen haben, eine andere Auslegung. Ein Grieche führt hier mit besonderer Betonung für seine griechischen Leser römische Gesetze an. Er kann damit nicht den Ausschluß der Töchter neben Söhnen bei der Intestaterbfolge meinen. Denn gerade diese war den Griechen nach ihrem heimischen Recht vertraut.[1]) Er kann nur das Fehlen des Noterbrechts gegenüber dem mütterlichen Testamente im Sinne haben. Wären die Töchter neben Söhnen nach dem Gesetze der zwölf Tafeln von der Erbfolge ausgeschlossen gewesen, so würde wohl von einer solchen Bestimmung eine Nachricht auf uns gelangt sein. Es wäre bei einer derartigen Rechtsordnung die Frauentutel unverständlich. Die Tochter in potestate, die Frau in manu war vermögenslos. Durch Wegfall des Gewalthabers wurde sie sui iuris wie der Mündel. Sie erlangte dann das Vermögen, über das ihr aber die Verfügung entzogen wurde. Das Witwengeld wurde zu den Leistungen für den Staat herangezogen.[2]) Diese Einrichtung

[1]) Thalheim, Griech. Rechtsaltertümer 63 fg. Mitteis, Reichsr. u. Volksr. 65. Lipsius, Von der Bedeutung des griechischen Rechts, 1893, S. 10.

[2]) Liv. I, 43, 9: Ad equos emendos (equitibus) X milia aeris ex publico data, et quibus equos alerent, *viduae attributae*, quae bina milia aeris in annos singulos penderent. Cic. de rep. II 20, 36: Atque etiam Corinthios video publicis equis adsignandis et alendis *orborum et viduarum tributis* fuisse quondam diligentis. Nach Livius stammt diese Steuer von Servius Tullius, nach Cicero von Tarquinius Priskus. Vgl. darüber Lange, Röm. Altertümer I[3] 549 fg. Bruns, Kl. Schr. II 9 fg. Huschke, Verfass. d. Serv. Tull. 370. Die Witwen begegnen auch in der Steuerangabe bei Liv. Epit. 59. Publicola erließ den Witwen das Tributum Plut. Poplic. 12. Im Jahre 742/42 stellten die Triumvirn eine Liste von 1400 reichen Frauen auf, denen unter Androhung von Strafen auferlegt wurde, ihr Vermögen genau einzuschätzen und davon ihre Steuern zu bezahlen, Appian. bell. civ. 4, 32. 5. 96. Wo all die reichen Frauen, von denen seit der Königszeit bis zur Zeit des Augustus immer

schreiben Livius und Cicero der Zeit der Könige zu, das heißt, sie halten sie für älter als die zwölf Tafeln. Wenn die Römer mit der Zulassung der Frauen zur Intestaterbfolge unter allen Völkern allein dastehen, so haben wir uns damit abzufinden oder vielmehr diese Besonderheit mit ihrer Hochachtung vor dem weiblichen Geschlechte, deren sie sich auch sonst rühmen[1]), zu erklären. Es kann nicht die Aufgabe der vergleichenden Rechtswissenschaft sein, alle Unterschiede in den Rechtsordnungen der Völker wegzudeuten, sondern sie vielmehr aufzuspüren, und wo sie gefunden werden, sie aus dem Volkscharakter herzuleiten.

---

wieder die Rede ist (Liv. 5, 25, 8; 50, 7. 22, 1, 18. 27, 37, 9. Val. Max. 5, 6, 8. Fest. p. 152 s. v. matronis aurum redditum. p. 245 s. v. pilentis. Diod. 14, 116, 9. Plut. Camill. 8. Zon. 7, 21, 3), ihr Geld hergehabt haben sollen, wenn es kein Erbrecht gab, ist unerfindlich.

[1]) Darüber ließe sich ein Buch schreiben. Ich verweise nur auf die Achtung des Coriolan vor seiner Mutter und auf die Cornelia-Elegie des Properz, ein Gedicht, das an tief empfundener Verehrung des Frauengemütes in der Weltliteratur nicht seinesgleichen hat.

III.

Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht.

Von

Professor Dr. **Franz Haymann**
in Rostock.

II.

Periculum est emtoris.

Inhalt:

§ 1. Einführung.

Wenn nach unbedingtem Abschluß des Kaufvertrags, aber vor dessen Vollziehung, die Kaufsache ohne Verschulden des Verkäufers untergeht oder verschlechtert wird, so hat

der Käufer, abgesehen von dem Recht auf das stellvertretende commodum gegen den Verkäufer nicht nur keinerlei Schadensersatzanspruch, sondern er bleibt auch seinerseits zur Zahlung des Kaufpreises uneingeschränkt verpflichtet: Mit Recht ist die herrschende Lehre des gemeinen Rechts[1]) trotz gelegentlichen Bestreitens einzelner[2]) dabei verblieben, daß dieser Satz dem klaren Recht der Justinianischen Kompilation entspricht.

Auch der erst in jüngster Zeit erfolgende Widerspruch einzelner gegen die Klassizität unseres Satzes hat wenig Beifall gefunden. Vollständig ist die Echtheit des Satzes bisher nur von Carlo Arnò geleugnet worden, der in einer Reihe von an verschiedenen Orten verstreuten, mehr oder minder skizzenhaften Einzelbetrachtungen[3]) die These vertritt, daß

---

[1]) Die Literatur bei Windscheid-Kipp, Pandekten § 321 Note 18, § 390 in den Noten und bei Manenti, Il caso giuridico, Studi Senesi 4 (1887) p. 225 fg.

[2]) Hierher zu rechnen ist zunächst Cujaz in seiner Exegese der l. 33 D. 19, 2, tractatus ad Africanum VIII, nach der sich vor der Übergabe das periculum des Käufers nur auf den Untergang der Kaufsache ohne Ersatzanspruch, nicht auf die Kaufpreiszahlung beziehen soll, während sonst später an anderen Orten Cujaz die herrschende Lehre vertritt. Vgl. Wächter im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 15 S. 190 Anm. 3 mit Zitaten, Manenti, Studi Senesi Bd. 4 S. 229 fg. Beschränkungen des Satzes für das justinianische Recht finden sich z. B. bei Jhering (Jahrb. Bd. 3 S. 468 fg.), nämlich auf den Fall, daß der Verkäufer durch den Untergang der Sache Schaden leidet, bei Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts 1885, auf den Fall der Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers, bei Gustav Hartmann, Jhs. Jahrb. Bd. 22 S. 417 fg., auf den Fall der physischen, nicht der juristischen Unmöglichkeit, bei seinem Kritiker Merkel, Kr.V. Schr. Bd. 27 S. 205, auf den Fall des gewöhnlichen casus mit Ausnahme der vis major. Sie sind alle mit den allgemein redenden Sätzen der Kompilation nicht zu vereinbaren.

[3]) La teorica del periculum rei venditae rel diritto Romano classico in Giurisprudenza Italiana Bd. 49 (1897) parte IV p. 209 fg.; Note minime sul § 3 Inst. 3, 23 in archivio giuridico Bd. 62 (1899) p. 540 fg.; Commento ad Cod. 4, 48, 1 in arch. giuridico Bd. 65 (1900) p. 301 fg.; La const. 2 C. 4, 48 nella summa Perusina in arch. giur. Bd. 68 (1902) p. 429 fg.; La massima dolus auctoris bona fide emptori non nocet nella c. 3 C. 4, 48 in studi Scialoja I p. 341 fg.; Di un interpolazione certa nella c. 4 C. 4, 48 in Mélanges Fitting (1907) p. 29 fg.; La constituzione ultima del Codice de periculo et commodo rei venditae in

im klassischen Recht die Gefahr auf den Käufer erst mit der Übergabe übergegangen sei. Wenn dieser Schriftsteller weder innerhalb [1]) noch außerhalb der Grenzen seines Vaterlandes Nachfolge gefunden hat, so dürfte daran zum Teil mindestens die eigentümliche Methode des Verfassers Schuld tragen, der zwar einzelne Fragmente der Justinianischen Kompilation, die von vornherein zugunsten seiner Theorie zu sprechen scheinen, in Breite erörtert hat, aber einer Auseinandersetzung mit dem übrigen Quellenmaterial, insbesondere insoweit es den gegenteiligen Standpunkt vertritt, aus dem Weg gegangen ist. Die von seinem ersten Rezensenten [2]) in Anknüpfung an seinen ersten und wertvollsten Aufsatz ausgesprochene, etwas ironisch anmutende Hoffnung „attendiamo con ansia questa seconda memoria del dotto scrittore, lusingandoci che da essa possa trar vita un convincimento profondo. Certo ad ogni modo è, che per giungere ad una vera rivoluzione nella teoria del periculum, quale finora era stata costruita in base alla giurisprudenza e alla legislazione giustinianea, occorrera une serie di veri sforzi erculei, dei quali (salve le difficoltà insuperabili chè l'argomento potrebbe presentare dal punto di vista oggettivo) l'A è ben-capace" hat Arnò in seinen späteren Arbeiten, die nur noch Exegesen einzelner Fragmente bieten, nicht erfüllt, so daß die Ablehnung der jüngsten deutschen Kritiker [3]) begreiflich erscheint. Im Gegensatz zum Radikalismus Arnòs hält die Custodialehre [4])

---

studi Brugi (1910) p. 154; sul c. 23 dei Fragmenta Vaticana in Memorie della R. Academia di scienze lettere ed arti in Modena serie III vol. 9 (1910) p. 73 fg.

[1]) Ferrini, Pandette (1908) p. 683 Note 1. Siehe auch Debray, in nouv. rev. historique 1909 S. 99 Note 1.

[2]) Alessandro Sacchi in arch. giur. Bd. 59 (1897) p. 447.

[3]) Vgl. Schulz in Kr.V.-Schr. für Gesetzg. u. Rechtsw. 3. Folge Bd. 14 (1912) S. 45 Anm. 43: „Die Abhandlungen Arnòs sind trotz mancher treffenden Bemerkung nicht überzeugend, sind vor allem weit davon entfernt, sich mit dem gesamten in Betracht kommenden Quellenmaterial auseinanderzusetzen." Allerjüngstens Rabel in seinen Grundzügen des röm. Privatrechts S. 484 Note 2: „Unhaltbar ist die Leugnung des periculum emtoris durch Arnò."

[4]) Vgl. über sie meinen Aufsatz in Bd. 40 dieser Zeitschr. S. 167 fg., bes. S. 256, im folgenden einfach custodia zitiert.

von Seckel[1]) und Schulz[2]) an der Klassizität unseres Satzes wenigstens für den Fall der vis major unter Ausschluß des sogenannten niederen Zufalls fest, aber auch diese praktisch äußerst wichtige Einschränkung ist bisher von der herrschenden Lehre[3]) nicht anerkannt worden. Aber gerade Rabel, der sich zuletzt in knappen gedankenreichen Sätzen zu unserem Thema geäußert hat[4]), gibt unumwunden zu, daß Unsicherheiten im Quellenmaterial vorliegen, die eine neue textkritische Untersuchung verlangen.

In den folgenden Ausführungen soll nun unter Vorlage des gesamten Quellenmaterials der Nachweis versucht werden, daß der Satz periculum est emtoris in all seinen Schattierungen den römischen Klassikern vollständig fremd gewesen, daß sie vielmehr ganz ebenso wie das ältere deutsche Recht[5]) und die diesem folgenden modernen Kodifikationen, das preußische[6]) Landrecht, das österreichische Gesetz-

---

[1]) Heumann-Seckel, Handlexikon s. v. custodia p. 117 unten, 118 oben. Zustimmend Kübler, Utilitätsprinzip in der Berliner Festgabe für Gierke (1910) S. 257; siehe auch jetzt Sav.-Zeitschr. Bd. 38 S. 73 Note 1; Beseler, Beiträge III S. 185.

[2]) In dem wertvollen Referat über die nicht zugängliche Schrift von Luigi Lusignani: Studi sulla responsabilità per custodia I 1902 und II (1903) in Krit. V.-Schr. 1912; aber auch schon vorher in Grünhuts Zeitschrift Bd. 38 S. 9 fg. und in Sav.-Zeitschr. Bd. 32 S. 71 fg. (1911) und in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. 25 (1910) S. 477.

[3]) Vgl. Mitteis in seinen Grundzügen der Papyruskunde II, 1 (1912) S. 259 Note 3, siehe auch römisches Privatrecht S. 20[b], S. 175 Rabel, Grundzüge S. 484 Note 2; von Lehrbüchern etwa noch Bonfante, istituzioni (1912) S. 457, storia 2 S. 146; Girard, manuel (1911) S. 547; Perozzi, istituzioni II (1908) S. 222; Sohm, Institutionen 1917 S. 543.

[4]) S. oben S. 46 Anm. 3.

[5]) Stobbe, Zur Gesch. des deutsch. Vertragsrechts S. 297 fg.; v. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 3 § 192 IV mit weiterer Literatur. Siehe auch später S. 51 Note 1, S. 176[4].

[6]) ALR. I 11 § 95 fg. Hinsichtlich der ratio vgl. Suarez, Amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des ALR. in den Kamptzschen Jahrb. Bd. 41 Heft 81 S. 16 fg. „Diese Vorschrift verdiente gewiß weniger als irgend eine andere beibehalten zu werden. Sie ist 1. gegen alle Prinzipien des römischen Rechts selbst. Casum sentit dominus ist eine der ersten Regeln desselben ...; 2. beruhet ferner auf einer bloßen Spitzfindigkeit ... Es ist unbegreiflich, wie man dem Verkäufer in dato casu eine Aktion auf Zahlung des Pretii nachgeben kann, da er

buch[1]) und das BGB.[2]) den Gefahrübergang erst an die Übergabe der Kaufsache knüpfen und daß all die Gelehrsamkeit und all der Scharfsinn, den die Wissenschaft seit dem Mittelalter aufgeboten hat, um jene gegenteilige These des corpus juris zu erklären[3]), zu rechtfertigen und auf ein erträgliches Maß zurückzuführen, gar nicht der Lehre der großen römischen Meister, sondern einem aus rechtspolitisch und dogmatisch verfehlten, im griechischen Recht wurzelnden Produkt tribonianischer Gesetzgebungskunst gegolten hat. Aufgabe der modernen quellenkritischen Methode muß es sein, die durch einen Wust von zahllosen ungeheuer kühnen Interpolationen fast bis zur Unkenntlichkeit verdeckten und verunstalteten Linien des klassischen Rechts überall in unserer Frage in

---

doch nicht mehr imstande ist, die verkaufte Sache zu gewähren; 3. ist auch wider die natürliche Billigkeit. Der Käufer, der die Sache noch nicht in seinem Verwahrsam hat, der darüber noch gar nicht disponieren, der nicht die geringsten Vorkehrungen zu ihrer Erhaltung und Sicherheit treffen kann, der noch nicht den geringsten Nutzen von ihr gezogen hat, soll dennoch schuldig sein, das Kaufgeld zu bezahlen, ob ihm gleich sein Verkäufer die Sache nicht mehr gewähren kann; 4. führt auf große Weitläuftigkeiten und Verwicklungen, der Verkäufer muß in der Zwischenzeit bis zur Tradition die Funktion eines Depositars und Administrators bei der Sache übernehmen, er muß die Konservationskosten der Sache tragen ... über die Früchte und Nutzungen Rechnung legen. Es bedarf wohl keiner Ausführung, wie schwankend und bedenklich ein solches Verhältnis sei, und zu wie vielen Streitigkeiten und Prozessen selbiges Anlaß geben könne." (Dazu custodia S. 334.) „Die im Gesetzbuch angenommene Theorie ist also der Natur der Sache und des Geschäfts, den Prinzipiis des römischen Rechts und der natürlichen Billigkeit gemäß. Sie simplifiziert diese sonst so sehr verwickelte Materie ausnehmend und verdient also wohl vor dem Jure Romano den Vorzug."

[1]) §§ 1064, 1048, 1051. Hingegen knüpft der Code civil a. 1138, 1583 ebenso wie der italienische § 1448 und grundsätzlich auch das englische Recht (Heymann in Kohlers Enzykl. 1904 I 829, 823) Eigentums- und Gefahrübergang schon an den obligatorischen Vertragsschluß, während das Sächsische Gesetzbuch § 1091, 866—869 und das Schweizer Gesetzbuch Art. 185 zum Recht des corpus juris zurückgekehrt sind.

[2]) § 446, 323.

[3]) Hart, aber gerecht ist das Urteil Rabels, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht (1902) S. 156: „Welches der Grund des periculum emtoris, zumal im klassischen Recht war, wissen wir derzeit nicht.

ihrer bewunderungswürdigen Einfachheit und Folgerichtigkeit wiederherzustellen und damit zugleich einen Fleck von dem wissenschaftlichen Ehrenschild jener größten, unerreichbaren Meister endgültig auszutilgen.

Teil 1.

Die gegen den Grundsatz sprechenden echten Belege.

§ 2. Die rechtliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung im römischen Konsensualkauf.

Betrachten wir zunächst diejenigen Momente, welche unmittelbar gegen die Klassizität der in der Kompilation vertretenen Periculum-Lehre zu sprechen scheinen, so ist der mangelnde Einklang mit der sonst im klassischen Recht beliebten Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung sowohl beim Abschluß[1]) wie beim Vollzug des Konsensual-

[1]) Kommt eine Verpflichtung des Veräußerers wegen Irrtums (l. 9, 11 D. 18, 1) oder wegen tatsächlicher (l. 8, 15 pr. 57 pr. 58 eodem) oder juristischer Unmöglichkeit (meine Haftung des Verkäufers § 6) der Lieferung der Kaufsache nicht zustande, so wird auch der Käufer nicht verpflichtet. Meine von Partsch, Sav.-Zeitschr. 33 S. 610 gebilligte Annahme, daß erst die Kompilatoren wohl unter dem Einfluß griechischen Rechts (Mitteis, Reichsrecht S. 358fg.; Partsch, Sav.-Zeitschr. 28, 432, Bürgschaftsrecht S. 41; Paul M. Meyer, Jur. Papyri S. 29) den Konsensualkauf eines homo liber für gültig erklärten, erklärt Rabel, Grundzüge S. 480 Note 3 für unrichtig. Aber Rabels Berufung auf die actio auctoritatis verschlägt nicht, da sich die Klage auf die Tatsache der vollzogenen Manzipation gründete (Paul. sent. 2, 17, 1 u. 3) und dem Käufer — freilich wohl nur dem gutgläubigen — einfach das Doppelte des verlautbarten Kaufpreises gewährte, während die actio emti nach dem quidquid dare facere oportet e. f. b. auf Grund eines Kaufkontrakts über einen freien Menschen fragte und als Interesse des Käufer-Klägers eine aestimatio des Werts des käuflich versprochenen Freien gefordert oder mindestens verstattet hätte, die wir m. E. ganz abgesehen von dem argumentum aus l. 62 § 1 D. 18, 1 den Klassikern nicht zutrauen dürfen. Vgl. l. 1 pr. § 5; l. 7 D. 9, 3; l. 3 D. 9, 1. Besonders charakteristisch ist hier die Entwicklung, welche die rechtliche Regelung des Kinderverkaufs unter orientalisch-griechischem Einfluß genommen hat. Seine Gültigkeit erkennt schon Hammurapis Gesetz § 117 an, und darauf beziehen sich die hochinteressanten Vertragsurkunden Nr. 77 u. 78 (bei Schorr, Urkunden des altbabylonischen Zivil- und Prozeßrechts (1913) S. 111 u. 121—123; ebenso

das indische Gewohnheitsrecht (Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. 8, 119). Über die Entwicklung im römischen Ostreich vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 362—364. Während Paulus (sent. 5, 1, 1) seine ablehnende Haltung (anders freilich Mommsen, Jur. Schriften III S. 8 und Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 359 [*]) mit dem kategorischen Satz homo enim liber nullo pretio aestimatur begründet (wovon D. 20, 3, 5 nichts mehr verlauten läßt), finden wir bei dem gräzisierenden Kaiser Konstantin (Mitteis a. a. O. S. 204 u. 548 fg.) in einem Reskript vom Jahr 313 (Vat. Fragm. 34) das Rücknahmeverlangen des Veräußerers ähnlich dem germanischen Lösungsanspruch auf den Fall eingeschränkt, daß er in eius loco mancipium domino daret aut pretium quo valuisset numeraret, und daß der Käufer nach Ansicht des Kaisers ius dominii possidere. In dem Reskript desselben Kaisers vom Jahr 329 heißt es in dem Cod. Theod. 5, 8, 1 obtinendi eius servitii habeat potestatem, ebenso in der schon von Krüger (additamentum a. h. l.) verdächtigten Fassung von Cod. Inst. 4, 43, 2 pr. aber mit dem Zusatz venditione in hoc tantum modo casu valente; beidemal aber wird der zu erstattende Preis formuliert als pretium quod potest habere und noch deutlicher in der Abschätzung des wertvoller gewordenen Freien die Interpretatio zum Cod. Theod.: pretium nutritur quantum valuisset qui nutritus est. Ganz unverblümt reden aber hier die Basiliken 19, 1, 87 (Heimbach 2, 270) *Εἴ τις διὰ τὴν πολλὴν πενίαν καὶ τὴν ἔνδειαν τῆς τροφῆς ἕνεκεν τὸν υἱὸν ἢ τὴν θυγατέρα πωλήσει, ἔρρωται ἡ πρᾶσις· ἐπὶ τούτῳ δε μόνον ἔρρωται ἐφ' ᾧ τὸν ἀγοράσαντα μὴ ἄλλως ἀναγκάζεσθαι ἀποδοῦναι ταῦτα τὰ πρόσωπα, ἐὰν μὴ ἢ τὸ τίμημα λάβῃ ὅσον εἰσὶν ἄξια νῦν ἢ ἀνδράποδον αὐτοῖς ὅμοιον.* Und später nochmals *ὅσον ἰσχύει νῦν ὁ πραθεῖς*, dazu das Scholion *Ἀντὶ ὅσον νῦν ἔστιν ἄξιον αὐξηθὲν καὶ μεῖζον γενόμενον τὸ πραθέν.*

Dafür aber, daß nicht schon, wie Mommsen und ihm folgend Mitteis a. a. O. annehmen, Paulus in den Sentenzen den Verkauf des Sohnes als zulässig für den Notfall bezeichnet habe, kann man sich auch auf die Äußerung Valentinians (nov. Valent. III, 32) vom Jahr 451 berufen: Igitur libero statui, cui specialiter sapientissimi consultores iuris legesque voluerunt esse consultum nullum praeiudicium patior irrogari; renovans statuta maiorum venditionum censeo summoveri quam praedicta fames de ingenuis fieri persuasit.

Auch die Ausdehnung der actio legis Aquiliae auf Freie, nicht nur auf freie Eigenberechtigte, wie Rabel (Grundzüge S. 457) annimmt, ist erst tribonianische Neuschöpfung, vgl. De Medio, Studi Scialoja I p. 49 fg. Vgl. besonders den echten Ulpian in Coll. 2, 4, 1, mit den abgeänderten in l. 27 § 17 i. f. D. 9, 2. Nicht bloß l. 13 pr. und l. 7 § 4 D. 9, 2; l. 52 § 16 D. 17, 2 sind interpoliert, sondern auch die von Rabel noch für echt gehaltene l. 5 § 3 i. f.; l. 7 pr. D. 9, 2. Aus dem echten Referat Ulpians über die julianische Auffassung in der l. 13 § 4 D. 19, 2 ergibt sich, daß Julian trotz der Verstattung einer levis castigatio dem Vater actio locati gewährt hat, während uns das

kaufs [1]) zwar vielfach erörtert, aber nirgends befriedigend erklärt worden.[2]) Wenn grundsätzlich die Pflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises nicht ohne die Pflicht des Verkäufers zur Leistung der Sache begründet werden konnte und ebensowenig erfüllt zu werden brauchte, so ist zunächst nicht einzusehen. inwiefern der Fortfall der Verkäuferpflicht durch kasuellen Untergang der Ware die Zahlungspflicht des Käufers nicht etwa schwächen, sondern stärken und definitiv machen konnte.

Seit alters hat man versucht, das periculum emptoris sich als einen stehengebliebenen Rest aus einer Zeit zurechtzulegen, in der angeblich der Vollzug der Leistungen der beiden Vertragsparteien noch völlig unabhängig voneinander erfolgte.[3]) Man folgerte diese Unabhängigkeit vor allem aus

---

ungeschickte Einschiebsel sed et de Aquilia supra diximus soll glauben lassen, daß der Schluß der l. 5 § 3 citata mit seiner über jeden Zweifel erhabenen actio legis Aquiliae wirklich dem Ulpian angehöre und daß sich der Inhalt der Klage im pr. der l. 7 trotz des ait und der collatio-Stelle auf dieses unechte dubito beziehen soll, während es sich m. E. auf die bonae fidei-Formel der actio locati ursprünglich bezog, an deren Zuständigkeit Julian gar nicht gezweifelt hat und gewiß nicht, weil nur eine leichte Züchtigung dem Lehrer verstattet sei. Denn wenn irgend etwas den Klassikern in dem Fall zweifellos war, so war es nicht das Gegebensein der actio legis Aquiliae, falls der discipulus nicht wie im Beginn ein servus, sondern ein ingenuus filius familias war, sondern vielmehr daß Ausschlagen des Auges nicht unter levis castigatio fällt. Vgl. heute § 224 St. G. B. und das echte quamvis in der echten l. 13 § 4 D. 19, 2.

[1]) Girard, Manuel (5) p. 548. Ganz entsprechend finden wir das „funktionelle“ Synallagma im germanischen Recht. Vgl. Sachsensp. I 9 § 1 fg. und dazu Gierke, Schuldrecht S. 264 [63], 335 fg., bes. Note 41 und schon vorher Schuld und Haftung S. 84 fg., 229 fg. und zu Codex Euricianus 296. 297 S. 346 fg.; ferner Stobbe, Gesch. des Vertragsrechts 277 fg.; über altschwedisches Kaufrecht v. Amira, Nordgerm. Obl.-Recht I 554. 557. 587; über westnordisches II S. 685. 690 fg. Über altindischen Konsensualkauf siehe später § 10 zum Schluß.

[2]) Vgl. etwa Bechmann, Kauf I § 78 fg. 82; II 1 § 134—135; III 1 § 306 fg.; Keller, Jahrb. d. germ. R. 4, 363 fg.

[3]) Vgl. etwa Dernburg, Compensation, 2. Aufl. (1868) S. 77, Pandekten II §§ 20 u. 96. Bechmann, Kauf I S. 543. S. 592 fg. S. 593 wird der Sinn der übrigens interpolierten Stelle in l. 21 D. 18, 4: Pretium enim hominis venditi non ex re sed propter negotiationem per-

einer bekannten Erörterung des Varro, De re rustica II 2, 5 und 6 über den Kauf von Schafen.

> ... De reliquo antiqua fere formula utuntur. Cum emptor dixit „tanti sunt mi emptae?“ et ille respondit ‚sunt‘, et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic, „illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est et extra luscam surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morboso esse habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?“ Cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum. Nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium.

Aber m. E. sagt Varro nichts weiter, als daß der Käufer nicht schon durch das formlose Frage- und Antwortspiel und die anschließenden Stipulationen beider Teile Eigentum erwerbe, sondern erst durch die vermittels Zuzählens erfolgende Übergabe.[1] Erfolgt diese nicht freiwillig, so kann der Käufer, auch wenn er noch nicht bar gezahlt hat, die Verurteilung des Verkäufers ex empto erwirken, aber wohlgemerkt, der Käufer der und obwohl er nummos expromisit.[2] Daß ohne diese Sicherung des Verkäufers durch cautio der Käufer ohne Zahlung die schlechthinnige Verurteilung ex empto erreichen könne, sagt Varro nicht. Darum ist auch zwischen seiner Darstellung und der des Marcellus in der l. 31 § 8 D. 21, 1 kein prinzipieller Unterschied.

> Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium.
>
> Idem Marcellus ait non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, ut sibi pro parte venditor tradat, si pro portione pretium dabit. Et hoc in emptoribus ser-

---

cipitur in fatalem Mißverständnis auf das gar nicht in Frage stehende Problem des „genetischen“ oder „funktionellen Synallagma“ bezogen, während für Tribonian nur der Umfang des sogen. stellvertretenden commodum in Betracht kam. Vgl. custodia S. 325.

[1]) Pringsheim, Kauf mit fremdem Geld S. 73 Note 3.

[2]) Zutreffend Pernice, Labeo I S. 458 fg. und besonders Mitteis, R. P.-R. S. 45 [12].

vari oportere ait. Nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quoad emptor satisfaciat.

Vom Verkäufer übrigens, auf den es doch hier allein letztlich ankommt, sagt Varro überhaupt nur, daß er aus dem Kauf klagen könne, wenn der Käufer nicht zahle, gar nichts darüber, daß er auch schon vor Übergabe der Ware dies könne. Die Parallele wird nur zwischen dem si non tradet und dem si non reddit pretium durchgeführt und soll wohl nur die Aufrechterhaltung der Ansprüche aus dem Kaufkontrakt nach Abschluß der Stipulationen betonen.

Aber selbst wäre dem anders, dürften wir quamvis non tradiderit nach ut ille ergänzen, so hieße auch das nicht mehr, als daß vor der Entwicklung der Klagformeln aus dem durch Frage und Antwort perfekt erwiesenen[1]) Konsensualkauf die Römer es für einen genügenden Schutz des beklagten Käufers angesehen hätten, daß er selbst jederzeit durch eigenen Klagangriff ein Urteil gegen den Kläger erzielen konnte. Ein schneidiger schneller Rechtsschutz war soweit ja jedenfalls beiden Vertragsparteien gewährleistet.[2]) Aber nichts folgt aus alledem dafür, daß die Römer ursprünglich diesen Rechtsschutz dem einen Teil auch dann noch hätten wollen angedeihen lassen, nachdem feststand, daß die vom Kläger geschuldete Kaufsache zerstört war, ein Anspruch des Beklagten auf Gegenleistung somit gar nicht mehr bestand.

Eher könnte man geneigt sein, hinsichtlich des leider noch in Dunkel gehüllten Kaufrechts der Republik aus einer uns von Livius aus der Zeit des zweiten punischen Kriegs berichteten Vertragsklausel zugunsten der Unternehmer, die auf Kredit die Lieferung der für das Heer in Spanien erforderlichen Lebensmittel und Ausrüstung übernahmen, zu schließen, daß nach dem dispositiven Kaufrecht jener ältesten Zeit die Gefahr des zufälligen Untergangs der nach dem überseeischen Bestimmungsort verschifften Ware der Unternehmer (redemptor) als Verkäufer zu tragen habe.

---

[1]) Pernice I 458; Girard, Manuel (5) p. 537 [1] mit weiterer Literatur.

[2]) Dernburg, Kompensation S. 66.

Wenn Livius von den öffentlich bekanntzumachenden Verdingungsbedingungen[1]) berichtet: Haec praetor in concione edixit, qua die vestimenta frumentum, Hispaniensi exercitui praebenda, quaeque alia opus essent navalibus sociis, esset locaturus, so konnte das proponierte Geschäft — wenn anders man überhaupt zur Klarstellung solcher Verträge des Staats mit Unternehmern privatrechtliche Begriffe anwenden darf — nicht anders als ein Kreditkauf, abzuschließen mit dem der bedrängten Republik die günstigsten Bedingungen bietenden Unternehmer, aufgefaßt werden. Trotzdem kann aus dem Folgenden ein zwingender Schluß gegen das periculum emptoris in dieser ältesten Zeit nicht gezogen werden:

> Ubi ea dies venit, ad conducendum tres societates aderant hominum undeviginti, quorum duo postulata fuere, unum, ut militia vacarent, dum in eo publico essent, alterum ut quae in naves imposuissent, ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent.[2])

Denn man könnte solche besondere Vertragsabrede, die dem Staat als Käufer das periculum der Seereise aufbürdet, damit zu erklären suchen, daß hier beim rein generischen Lieferungsgeschäft die Gefahr nicht wie angeblich beim species-Kauf schon mit dem Vertragsschluß, sondern erst mit der Ablieferung am überseeischen Bestimmungsort auf den Käufer überging oder daß solche Gefahrverteilung wenigstens grundsätzlich bei derartigen Verträgen mit dem Staat Platz griff. Freilich hätten die Unternehmer die von ihnen erwünschte Gefahrverteilung unter einem Recht, das grundsätzlich dem Käufer das periculum aufbürdete, sehr einfach dadurch erreichen können, daß sie bestimmte Vorräte als solche zum Gegenstand des Geschäfts vertragsmäßig erklärten.[3])

---

[1]) Vgl. Mommsen, Staatsrecht II S. 447 fg. (448 Note 5). 430.

[2]) Ebenso Livius 25, 3: Hi quia publicum periculum erat a vi tempestatis in iis quae portarentur ad exercitus, ementiti erant falsa naufragia et ea ipsa quae vera renuntiaverant, fraude ipsorum facta erant, non casu. — Casu maiore müßte man nach der Custodia-Lehre erwarten, aber von zwei Casus-Arten weiß offenbar Livius nichts.

[3]) Standen freilich den Unternehmern die betreffenden Waren noch nicht zur Verfügung oder benutzten sie die Abrede über das periculum des Staats nur, um diesen unverschämt zu betrügen, wie in dem von

Wohl aber spricht der schamlose Mißbrauch, zu dem im einzelnen Fall nach dem lehrreichen Bericht des Livius das verabredete periculum emptoris gewissenlosen Verkäufern die Handhabe bot, allein schon gewichtig gegen die Annahme, daß gar noch die Klassiker unter der Flagge oder Schranke der bona fides der Klagformel ein jus dispositum solchen gefährlichen Inhalts geduldet hätten.

Für die Unabhängigkeit des Verkäuferanspruchs hat man sich auch auf die Verteidigung des Beklagten durch die sogenannte exceptio mercis non traditae [1]) berufen. Aber diese exceptio bestand gegenüber der actio venditi gar nicht. Die exceptio bei Gajus IV 126 a, bei Julian in l. 25 D. 19, 1 (713 Lenel) und bei Papinian in l. 68 pr. D. 21, 2 richtet sich, wie schon die umständliche Formulierung Julians zeigt, gegen die abstrakte Stipulationsklage.[2]) Hingegen scheint die l. 5 § 4 D. 44, 4, anders wie die l. 14 D. 44, 1 von Alfen, von der actio venditi zu handeln.

Paulus libro septuagensimo primo ad edictum.

Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit, et redhibitus sit domino, agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet jam is qui vendidit, domino pretium solverit (etiam mercis non traditae exceptione summovetur et qui pecuniam domino iam solvit) et ideo is qui vendidit, agit adversus dominum. Eandem causam esse Pedius ait eius qui negotium nostrum gerens vendidit.

Der Inhalt der Klammer verrät sich formell und sachlich als nachträglich eingefügter Fremdkörper. Streicht man ihn als ein nachklassisches Glossem, so liest sich alles glatt und zusammenhängend, was ohne jede Anknüpfung durch den etiam-Satz roh unterbrochen wird. An sich anstößig innerhalb der Klammer ist das etiam et qui, mindestens wäre das et zu streichen, aber wie hölzern und stilarm ist überhaupt die Darstellung des Verkäufers in dem neuen Fall der Klammer als is qui pecuniam dominio iam solvit. In der insoweit jedenfalls unverdächtigen l. 34 § 3 D. 18, 1 sagt Paulus einfach: nec tamen ex vendito quicquam con-

---

Livius berichteten Fall der Note 8, so verbot sich dieser Weg der alsbaldigen vertragsmäßigen Individualisierung der Ware.

[1]) Dernburg a. a. O. [2]) Rabel, Grundzüge S. 483.

sequitur, nisi ultro quod convenerit praestet, ohne eine exceptio des beklagten Käufers zu erwähnen. Und ebenso erklärt Celsus filius, für den Fall, daß der Käufer einer res aliena diese erst vom dritten Eigentümer ersteht: Falsum esse quod Nerva respondisset posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem. Ebenso heißt es bei Papinian in fragm. Vat. 12 (l. 19 § 1 D. 18, 6) einfach: Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor restituere non cogetur. Daß es gegenüber der klassischen actio venditi gar keine exceptio mit dem technischen Namen exceptio mercis non traditae gab, könnte man aus der c. 5 C. 8, 44 entnehmen wollen.

> Imp. Antoninus A Patroinae. Ex praediis quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur. Id enim fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris.

Aber dieser Schlußsatz ist sicher unecht. Unmöglich kann Kaiser Caracalla entschieden haben: Du wirst mit actio ex empto Enthaftung der gekauften Grundstücke erwirken. „Denn dies wird geschehen, wenn du gegen den den Kaufpreis mit actio venditi begehrenden Verkäufer die exceptio doli erhebst.“ Darüber, ob der Beklagte diese Wirkung auf Grund der bloßen exceptio erzielen werde, konnte der Kaiser nicht einmal prophezeien, denn rechtlich stand ja dem beklagten Käufer auf Grund der exceptio nur das Recht auf Abweisung der Kaufpreisklage zu.

Setzt man mit Krüger statt des sinnlosen id enim idem, so wird der Anstand auch nicht gehoben.

Dazu kommt, daß umgekehrt die Klassiker den vor Zahlung oder Sicherstellung des Kaufgelds mit actio emti verklagten Verkäufer niemals auf dem Weg der exceptio schützen.

> Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio. Venditor enim quasi pignus[1]) retinere potest eam rem quam vendidit,

[1]) Siehe Marcell in l. 31 § 8 D. 21, 1; Scaevola in l. 22 D. 18, 4; Ulpian in l. 14 § 1 D. 47, 2.

sagt Ulpian in der l. 13 § 8 D. 19, 1. Ebenso Paulus in l. 57 pr. i. f. D. 21, 1: Nam si ex empto — agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur, und in der l. 31 pr. D. 12, 1.[1] Danach fehlt jeder Beweis dafür, daß jemals die Verpflichtungen aus dem Konsensualkauf völlig unabhängig voneinander geltend gemacht werden konnten.

Auf die vielfach erörterten Annahmen, daß der formlose Kaufkontrakt sich aus dem Realkauf[2]), dem Bargeschäft, oder aus dem wechselseitigen Abschluß von Stipulationen[3]) entwickelt habe, gehe ich in diesem Zusammenhang nicht ein. Denn diese beweislos gebliebenen Hypothesen können die Echtheit des periculum emptoris nicht dartun, da sie selber erst vorwiegend zu dem Zweck aufgestellt sind, um diesen sachlich nicht zu rechtfertigenden Grundsatz wenigstens historisch als Residuum eines überwundenen Rechtszustands zu erklären oder zu entschuldigen. Jedenfalls haben die Klassiker dem Untergang der Verpflichtung eines Kontrahenten im Konsensualkauf durch Erlaß vernichtende Wirkung auch hinsichtlich der Vertragspflicht des Erlassenden zugeschrieben und zwar ohne zu unterscheiden, ob dem Käufer oder dem Verkäufer zunächst erlassen war.[4])

Julianus libro quinto decimo digestorum[4]).

Cum emtor venditori vel emtori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret; sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura sed potestate conventionis valet.

Labeo libro quinto pithanon a Paulo epitomatorum[5]).

Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum.

Paulus: immo cum locatio conductio emtio venditio conventione facta est et nondum res intercessit, utrimque

---

[1]) non aliter domino servi venditorem ex empto teneri quam si ei pretium solidum et quaecunque si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi praestaret. Nur der Schlußsatz ist unecht. Beseler 3, 182.

[2]) Pernice, Labeo I 456; Petrazycki, Einkommen II S. 42 fg. Polemik bei Girard, Manuel 536 [3]. Siehe auch custodia S. 335 [6]. 336. 345 [1].

[3]) Girard, Manuel p. 537 [1] mit weiterer Literatur.

[4]) l. 5 pr. D. 18, 5. [5]) l. 23 D. 46, 4.

per acceptilationem tametsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit, liberantur obligatione.

Wäre in vorklassischer Zeit der Vollzug der Leistungen im gegenseitigen Vertrag nicht wechselseitig voneinander bedingt gewesen, so wäre kaum verständlich, daß bereits Labeo es für notwendig gehalten hätte, besonders zu betonen, daß der Erlaß des ego gegenüber dem tu noch nicht notwendig die Pflicht des ego gegen den tu aufhebe. Vielleicht hat Julian zuerst energisch re integra die Ansicht vertreten, daß auch die Aufhebung der eigenen Vertragspflicht des Erlassenden hier dem beiderseitigen Parteiwillen entspreche. Und es ist so recht bezeichnend, wie sehr dieses von Bechmann sogenannte funktionelle Synallagma den Frühklassikern im Blut steckte, daß gerade Julian besonders betont, es könne aber auch der Verpächter dem Pächter den Pachtzins erlassen und doch seinerseits aus der Pacht gebunden bleiben.[1]) Daß aber die Abhängigkeit des Vollzugs von Leistung und Gegenleistung beim Kauf nicht loser gestaltet war als bei der Pacht, zeigt gerade die nota Pauli in l. 23 D. 46, 4, die locatio und conductio und emptio venditio ohne Unterscheidung nebeneinander reiht.

Mit dieser paritätischen Behandlung von Verkäufer- und Käuferpflichten hinsichtlich der Wirkung rechtsgeschäftlicher Aufhebung der Vertragspflicht eines Teils würde es nun schlecht zusammenstimmen, wenn zwar die Aufhebung der Käuferpflicht kraft Gesetzes dank der bona fides des Kaufkontrakts auch die Verkäuferpflicht vernichtete, umgekehrt aber eine Aufhebung der Verkäuferpflicht kraft Gesetzes die Zahlungspflicht des Käufers unberührt ließe. Ersteres ergibt sich aber nun mit Sicherheit als der klassische Gehalt der im übrigen gewiß nicht unberührt gebliebenen l. 50 D. 19, 1.

Labeo libro quarto posteriorum a Javoleno epitomatorum.

Bona fides non patitur, ut cum emtor alicujus legis beneficio[2]) pecuniam rei venditae debere desisset, antequam

---

[1]) l. 56 D. 2, 14; ebenso Ulpian in l. 5 D. 19, 2; siehe auch schon Nerva Atilicinus in l. 16 D. 34, 3 von Paulus.

[2]) Cessio bonorum ex lege Julia noch Brini, Mem. Ac. Bologna sez. giur. 6 (1911/12) 23, dem Rabel, Grundzüge S. 483 [2] zustimmt.

res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. Possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret utpote cum petenti eam rem petitor ei neque vendidisset neque tradidisset.

In dem den für uns wichtigen Grundgedanken enthaltenden ersten Satz ist wohl nur der Schluß compelletur nach ut und das triviale re sua careret nach dem Präsens patitur anstößig, denn ut nach pati findet sich sogar bei Cicero. Der Schlußsatz wird aus derselben Erwägung des „funktionellen Synallagma" dem die rei vindicatio anstellenden Verkäufer nach der Tradition der res mancipi replica doli gegen die exceptio rei venditae et traditae des Käufers verstattet haben.

Damit steht der Umstand im besten Einklang, daß sowohl Celsus[1]) wie Julian[2]) es als mit der bona fides unvereinbar erklären, daß der Verkäufer den Kaufpreis auf Grund der actio venditi erhalte oder trotz der actio emti behalte, wenn der Käufer die Kaufsache gar nicht auf Grund der Leistung des Verkäufers, sondern auf Grund anderweiter Ereignisse (Beerbung des oder Kauf von seiten des Dritteigentümers) erhalte. Wird das habere licere praestare des Verkäufers gegenstandslos, so widerspricht es der bona fides, die Gegenleistung zu begehren.[3])

Hingegen hat keinerlei Beweiskraft für das klassische Recht die angeblich dem Julian zugesprochene Erörterung in der l. 18 § 18 D. 19, 1, nach der die bona fides es nicht gestatten soll, daß bei vertragsmäßigem Ausschluß jedweder Eviktionshaftung der venditor ignorans nach geschehener Eviktion den Kaufpreis behalte.

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum.

Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare. Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat. Proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur.

---

[1]) l. 29 pr. i. f. D. 21, 2. [2]) l. 84 § 5 D. 30.

[3]) Rabel, Haftung des Verkäufers S. 78.

Sed Julianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri quominus habere liceat, posse defendi ex emto eum in hoc quidem non teneri quod emtoris interest, verum tamen ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret. Nisi forte inquit sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatoribus emimus aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emtor pretium praestare necesse habebit, sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. Nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam dicendum est ex emto eum teneri quia dolo facit.

Denn die Stelle ist in allen Teilen schwer interpoliert. So ist sprachlich anstößig schon die quaestio mit ihrem habere licere vendidit; dann das für Tribonian typisch saloppe nam si per se mit der trivialen Folge non videtur id praestare ne alius evincat, die dann im weiteren in doktrinärer Weitschweifigkeit und Stilarmut breitgetreten wird. Was aber im folgenden dem Julian in den Mund gelegt wird, kann von dem Klassiker nur als Auslegung des Parteiwillens gedacht gewesen sein. Daß Julian bei klarem Ausschluß jedweder Eviktionshaftung nicht ein jus cogens auf Rückgabe des pretium nach geschehener Eviktion aus der bona fides abgeleitet hat, ergibt sich schon daraus, daß er in der l. 11 § 15 eine zeitliche Befristung der Eviktionshaftung zugunsten des venditor ignorans schlechthin aufrechterhält entsprechend der Haltung des Alfen in dem analogen Fall der l. 40 pr. D. 18, 1, und daß uns der freilich noch stärker als der § 15 überarbeitete § 16 noch vermuten läßt, daß er hier im Fall des Pfandverkaufs den Ausschluß der Eviktion zwar nicht, wie die Kompilatoren uns wollen glauben

lassen[1]), aus der Natur des Geschäfts oder dem Erlaß von constitutiones, wohl aber gleichfalls aus der besonderen Vertragsabrede abgeleitet hat, so daß der unfaßliche Gegensatz zwischen dem Papinian der l. 68 pr. D. 21, 2, dem Tryphonin der l. 12 § 1 D. 20, 5, die an der schlechthinnigen Wirksamkeit der Abrede über den Haftungsausschluß keinen Zweifel haben, und Julian gar nicht bestand. Für uns aber ist in diesem Zusammenhang die Hauptsache, daß die in barbarischem Latein gegebene Begründung: Neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione (!) ut emptor rem amittet (!) et pretium venditor retineret (!) erst recht nicht von Julian stammt, sowenig wie die grundlose Ablehnung des aus der abweichenden Regelung der emptio spei fließenden Gegenarguments, das auch sonst von den Klassikern zur Klarstellung des Parteiwillens gern benutzt wird.[2]) Wenn selbst das objektiv Ungewisse gültig gekauft werden kann, warum sollte der Käufer beim Erwerb des objektiv feststellbaren und nur den Parteien unbekannten Umfangs der erworbenen Rechtsmacht seines auctor gegen seinen klaren Vertragswillen bevormundet werden? Erst die schwächliche moralisierende Tendenz Justinians sucht solches Ergebnis aus der bona fides abzuleiten und will nur beim Pfandverkauf gerade umgekehrt den Verkäufer schützen, nicht aber Julian oder Ulpian, der in l. 11 pr. D. 19, 1 ausdrücklich erklärt: Et in primis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci quod praestari convenit: Cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari quod inter contrahentes actum est.

Wir dürfen und müssen also davon ausgehen, daß Julian ebenso wie alle Juristen vor und nach[3]) ihm auch hinsichtlich der Eviktionshaftung vollständige Vertragsfreiheit für den gutgläubigen Verkäufer proklamiert und daß gewiß der

[1]) Siehe custodia S. 309 [1].

[2]) Vgl. für den Fall des Erbschaftskaufs schon Javolen ex Plautio in l. 10 D. 18, 4 und Paulus ad Plautium in l. 7 eodem. Das Abstellen auf den Parteiwillen und der Vergleich mit der aleatorischen emptio spei geht vielleicht schon auf Plautius selbst zurück, auch Ulpian hat ihn in der sachlich gewiß echten l. 11 eodem.

[3]) Siehe auch noch Diokletian in der bis convenit unveränderten c. 14 C. 3, 36.

geistesgewaltige Meister nicht verkannt haben kann, daß der Käufer, der meist bei Fortfall jedweden Eviktionsanspruchs einen geringeren Kaufpreis bewilligt haben wird, sich über Verletzung der Vertragstreue nicht beklagen darf, wenn er nach geschehener Eviktion den Kaufpreis dem nicht arglistigen Verkäufer belassen muß. Gerade die Analogie der emptio spei aus einem Fischzug oder einer Jagd wird ihn wie einst Plautius und Javolen und später Paulus und Ulpian bei Erwägung des Kaufs einer spes hereditatis in diesem Ergebnis bestärkt haben, das kein Späterer mehr bezweifelt. Von diesem Standpunkt aus wird aber gewiß Julian nicht, wie uns die l. 11 § 18 will glauben machen, die Stipulation per se heredemque suum non fieri, quominus habere liceat und die andere nihil evictionis nomine praestatum iri in ihren rechtlichen Folgen gleichgestellt, sondern die erstere im Gegensatz zu der zweiten dahin ausgelegt haben, daß der Verkäufer im Fall einer Eviktion durch einen extraneus nur die Haftung aufs Interesse, aber nicht Rückgabe des Kaufpreises abgelehnt habe. Für diese Vermutung, die zu den aus den vorangegangenen Paragraphen erschlossenen echten Gedanken Julians bestens passen würde, liefert die Version des Basilikentextes[1]) eine überraschende Bestätigung:

Καὶ ὅι, ἐὰν πωλήσω σοι ἔφ' ᾧ μήτε ἐμὲ μήτε τὸν κληρονόμον μου ἢ τὰ φερόμενα εἰς ἐμὲ πρόσωπα ἐμποδίσαι σοι ἔχειν καὶ ἄλλος ἐκνικήσῃ τὸ πραθὲν· οὐκ ἐνέχομαι τῇ ἀγωγῇ τῇ περὶ τῆς μελλούσης ζημίαις οὔτε τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ πρᾶγμα ἀπαιτούσῃ εἰς τὸ διαφέρον, ἀλλ' εἰς τὴν ἀνάδοσιν τοῦ τιμήματος· εἰ μὴ ἄρα συνεφώνησα, μηδὲν παρασχεῖν ἐκνικωμένου τοῦ πράγματος ἐν ἀγνοίᾳ τοῦ πιπράσκειν ἀλλότριον. ὁ γὰρ εἰδώς, κὰ τοῦ συμφώνου ὄντος, ἐνέχεται τῇ ἀγωγῇ τῇ ἀπαιτούσῃ τὸ πρᾶγμα, οὐ μὴν ὁ αγνοήσας. Ἐνδέχεται γὰρ τὸν πράτην κερδᾶναι τὸ τίμημα καὶ τὸν ἀγοραστὴν μὴ σχεῖν τὸ πρᾶγμα, ὡς ἐπὶ ἀλείας καὶ θήρας. Κἂν γὰρ μηδὲν κρατηθῇ, δίδωσιν ὁ ἀγοραστὴς τὸ τίμημα.

---

[1]) Heimbach II 288; Basil. 19, 8, 11, die Riccobono, Bull. 8 S. 188 Note 4 und der ihm folgende De Medio, Bull. 16 S. 15 Note 3 grundlos für wertlos für das Problem erklären, begreiflich freilich, da sie trotz aller Bedenken an die Wahrheit des Berichts über Julian in der l. 11 § 18 glauben.

Das Justinianische neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret, liefert freilich keinen Beweis gegen die Klassizität des periculum emptoris, sondern nur solchen für die Flüchtigkeit der Kompilatoren, wohl aber liefert solchen Gegenbeweis die Art, wie die Klassiker die praktischen Folgen der Gültigkeit einer absoluten Wegbedingung jedweder Eviktionshaftung durch die Analogie der emptio spei sich zurechtlegen. Hätten sie etwas davon gewußt, daß kraft des periculum emptoris jedweder Kauf kraft Gesetzes etwas aleatorischen Charakter erhielt, so hätten sie gewiß nicht nötig gehabt, das Behalten des Kaufpreises trotz Verlusts der Kaufsache im Fall des Ausschlusses jedweden Eviktionsregresses als denkbar und gestattet an dem Beispiel der emptio spei vor sich selbst zu rechtfertigen.

§ 3. Weitere Quellenbelege gegen das periculum emptoris.

Wir beginnen mit der berühmten l. 33 D. 19, 2.

Africanus libro octavo quaestionum.

Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet quominus id praestes: quemadmodum inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto: Quod hactenus verum erit ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas eius scilicet temporis quo fruitus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui, in quo etiam lucrum ejus continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut protentiam ejus non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.

Die Stelle bietet stilistisch insofern einen Anstand, als vielleicht infolge Schreiberversehens die Überlieferung tenearis anstatt des zu erwartenden teneberis und ebenso cogeris anstatt cogaris enthält.[1])

Sachlich betrifft die Stelle in all ihren Teilen so recht eigentlich unser Thema: den Einfluß des rechtlichen oder tatsächlichen Unmöglichwerdens der vom Vermieter oder Verkäufer geschuldeten Leistung auf sein Recht zur Gegenleistung. Julian spricht es aufs bestimmteste aus, daß dieses Recht zur Gegenleistung erlischt, auch wenn es für Vermieter oder Verkäufer unvermeidliche Umstände waren, die sie am Leisten verhinderten, daß sie andernfalls aber sogar Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten haben. Ausgegangen wird von einem Hindernis, das dem Juristen als typisch unvermeidlich erscheint: der staatlichen Entziehung: Sie wird darum mit dem Erdsturz verglichen, der das geschuldete Haus vernichtet.[2]) Solcher Vergleich zwischen rechtlicher und faktischer Unmöglichkeit begegnet auch sonst bei Julian: Er gewährt in der l. 84 § 4 D. 30 dem Legatar actio ex testamento, falls der Erbe das vermachte Grundstück ohne die Servitut überliefert, die zugunsten des legierten Grundstücks auf dem Erbengrundstück lastete mit der Begründung, daß dem Legatar die actio auch verbliebe, wenn der Erbe den vermachten Sklaven körperlich verstümmelt übergebe.[3]) Trotzdem kann der mit quemadmodum eingeleitete Vergleich so nicht von Julian herrühren. Denn er fällt in unerträglicher Weise aus dem Zusammenhang der Stelle: Während vorher nur davon die Rede ist, daß der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung mit der Vertragsklage

[1]) Ob etwa der ganze Schlußsatz von nam bis debebis mit Mitteis, Mélanges Girard II S. 232 wegen des allerdings verdächtigen propter vim maiorem aut potentiam ejus, des den ego ersetzenden colonus tuus, als überflüssig zu streichen ist, mag als für unsere Frage belanglos dahingestellt bleiben.

[2]) Schon darum entspricht die Unterscheidung Hartmanns (Jhs. Jahrb. Bd. 22 S. 417 fg.) zwischen physischem und juristischem casus, aber auch die seines Kritikers Manenti (studi Senesi 4 p. 240) zwischen Zufällen, die die Sache und solchen, die nur das Vermögen des Verkäufers treffen, nicht dem Gedankengang Julians.

[3]) Ähnlicher Vergleich bei Pomponius in der l. 2 D. 7, 6.

verhaftet bleibt, aber nur zur Herausgabe der empfangenen Gegenleistung, wird in dem quemadmodum-Satz angefügt, dieser Haftung entspreche im Fall der Verdingung eines Hausbaus das Weiterbestehen der Haftung des Bestellers, also des Gläubigers des kasuell untergegangenen Werks auf Entrichtung des Werklohns. In dem zur Analogie mit quemadmodum herangezogenen Beispiel wird somit das gerade Gegenteil von dem gesagt, was sonst in der Stelle über den Fortfall dieser Pflicht zu Gegenleistung erklärt wird.[1]) Trotz alledem findet sich dieser unmögliche Vergleich auch in den Basiliken[2]) in einem Stephanos-Scholion zu unserer Stelle, während im Text selbst und in einem Scholion des Kyrillos nur vom Einsturz des vermieteten Hauses die Rede ist. Danach wäre das aedificandam zu streichen und alles wäre in schönster Ordnung. Es ist, wie wir später[3]) sehen werden, sehr wahrscheinlich, daß die Änderung den Kompilatoren zur Last fällt. Die gedenkliche Ordnung wird aber auch hergestellt, wenn wir aedificandam stehenlassen und statt locasses locassem lesen, ein Textverderb, der nicht notwendig auf Schreiberversehen, sondern sehr wohl auch auf Eingriff Tribonians beruhen kann. Diese letztere Wiederherstellung enthielte den sachlich weiterführenden Gedanken, daß nach kasuellem Untergang des Werks der Unternehmer (tu) verhaftet bleibe, aber auch nur zur Herausgabe der Vergütung. Freilich spricht gegen diese Rekonstruktion der Umstand, daß im weiteren Verlauf der Stelle nur noch von Sach-, nicht mehr von Werkmiete die Rede ist. Auf die Frage der Gefahrtragung beim Werkvertrag wird zurückzukommen sein.[4]) Zunächst ist wichtig, daß Julian auch für die Lehre des periculum Kauf und Sachmiete zusammenstellt, deren familiaritas und ähnliche rechtliche Struktur

---

[1]) Dies gegen Örtmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 S. 28, nach dem „der erste und zweite Fall gerade das gemeinsam haben, auf was die Stelle abzielt — daß der locator das periculum trägt, also bei der Sachmiete nach Untergang der Sache den Mietzins nicht zu fordern hat, bzw. zurückzahlen muß, bei der Werkverdingung trotz Untergangs des opus auf den Werklohn haftet"! Darin liege doch „ein die Zusammenstellung vollauf rechtfertigender Parallelismus".

[2]) Heimbach II S. 357. [3]) Vgl. S. 159.

[4]) Vgl. später S. 155 fg.

Hauptsache unzweifelhaft echte und viel erörterte[1]) l. 16 D. 12, 4:

Celsus libro tertio digestorum.[2])

Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero quia hominem accipientis non feceris. Et rursus si tuus est Stichus (et pro evictione ejus promittere non vis) ⟨Celsus: nec eum mancipare volueris⟩ non liberaberis quominus a te pecuniam repetere possim.

Aus welchem Grund Celsus das Geschäft dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares nicht nach Kaufrecht behandeln zu dürfen glaubte, ist immer noch nicht aufgeklärt, kann aber hier unerörtert bleiben, ebenso wie die durch den Fortfall der mancipatio im justinianischen Recht etwa gebotenen Emendationen. Jedenfalls darf an dem pecuniam dare als einer fungiblen Leistung nicht gerüttelt werden und gewiß nicht wegen des blutleeren

Et si quidem pecuniam dem ut rem accipiam, emptio et venditio est

der l. 5 § 1 D. 19, 5; denn die l. 5 mit ihren gekünstelten Beispielen, in der nach dem charakteristischen principium totius ob rem dati tractatus inspici potest, gibt uns zwar einen tiefen Einblick in die weltfremde Lehrweise der Byzantiner, für das Verständnis des gedankentiefen Paulus hat sie bisher nur verheerend gewirkt, weil die wenigen echten Oasen nur schwer zu erkennen sind. Für unseren Zusammenhang kommt es nur darauf an, wie Celsus die praktische Tragweite seiner den Kaufcharakter des Geschäfts leugnenden Ansicht entwickelt. Für drei Sonderfälle wird das Versagen der Kaufklage betrachtet und die praktische Folge davon erörtert, daß nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta: 1. Die Leistung des Stichus wird

---

[1]) Literatur bei Bechmann, Kauf III 1 (1905) S. 85 Note 4; Girard, Manuel (5) S. 551 Note 2; Rabel, Grundzüge S. 469 Note 4.

[2]) Celsus 73; Lenel.

durch dessen Tod unmöglich; 2. der tu ist Nichteigentümer und haftet dem ego mangels Manzipation nicht einmal für auctoritas; 3. der tu versteht sich nur zur Tradition, nicht zur Manzipation der res mancipi. Nun frage ich: Ist es denkbar, daß Celsus die praktische Wirkung des nulla hic alia obligatio quam ob rem dati re non secuta[1]) zunächst an einem Fall (mortuo Sticho) erörtert hätte, in dem vom gegenteiligen Standpunkt aus — nämlich das Geschäft als Kauf betrachtet — dem Geber des Geldes jede obligatio versagt geblieben wäre? Hätte der Celsus unserer l. 16 über das periculum beim Kauf anders gedacht als sein ebenbürtiger Zeitgenosse Julian in der l. 33 citata, hätte er etwas geahnt von dem periculum emtoris, so hätte er den Fall des Todes des zugesagten Sklaven nicht als praktisches Beispiel für das nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta voranstellen dürfen, sondern er hätte selbstverständlich hervorgehoben, daß überhaupt nur von seinem Standpunkt, der das Geschäft nicht als Kauf ansieht, für den Fall kasuellen Unmöglichwerdens der dem ego zugesagten Leistung diesem ego eine obligatio, nämlich auf Rückgabe der von ihm gezahlten pecunia erwachse, während der ego als Käufer gedacht Geld und Gegenleistung hätte einbüßen müssen.[2]) Vom Standpunkt des periculum emtoris ist das Leugnen des Kaufcharakters für den Schutz des ego höchstens im zweiten

[1]) Der Gebrauch dieser Worte schließt m. E. die Auffassung Rabels (Haftung des Verkäufers S. 121) aus, „Celsus setze die fragliche Vereinbarung mit dem Kaufvertrag auseinander und sein Ziel sei dabei offenbar, den Vorleistenden gegenüber einem Käufer zu begünstigen“.

[2]) Ganz ähnlich spricht der Umstand gegen die Klassizität des periculum emptoris, daß die Klassiker bei Erörterung der Streitfrage, ob die permutatio unter den Begriff des Kaufvertrags falle oder vicina emptioni sei (l. 1 D. 18, 1; l. 1 u. 2 D. 19, 4; l. 7 § 2 D. 2, 14; Gajus 3, 141; tit. Cod. 4, 64, bes. c. 7 von Diokletian), niemals die vom Standpunkt des periculum emptoris ganz fundamentale Tragweite der Kontroverse für die Gefahrverteilung erwähnen. Vom Standpunkt der Sabinianer trüge doch der Schuldner der als pretium gedachten Sache das periculum des Untergangs der Gegenleistung, vom Standpunkt der condictio ob rem stets der Empfänger der Vorleistung. Ganz anders, aber ohne Beweis Bonfante, ist. (5) p. 472: Alla permuta vennero estese dalla vendita .. il rischio (periculum et commodum) che è a carico del creditore prima ancora della consegna. Vgl. später S. 165 fg.

und dritten Fall nachteilig, im ersten Fall wäre es für den ego von größtem Gewinn, da die klassische condictio ob rem nicht fragt nach Schuld oder Unschuld des nicht leistenden Empfängers. Hingegen gewinnt die Stelle in all ihren Teilen einen folgerichtigen Aufbau, wenn Celsus im Fall des Todes des Sklaven dem Käufer ego die actio emti auf Rückgabe der pecunia gegeben hätte, so wie Julian-African im gleichen Fall in der l. 33 citata dem Käufer[1]) und entsprechend dem Mieter die Vertragsklage gewähren. Für den Fall der Miete wird in l. 19 § 6 D. 19, 2 in einem ähnlichen Fall kasueller Unmöglichkeit von Mela-Ulpian dieses Gegebensein der Vertragsklage, also das Gegenteil von dem Celsinischen nulla hic alia obligatio quam condictio zugunsten des Mieters besonders betont.

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum.

Si quis cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit, vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum: non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causum conductionis proficeret. Aliter atque si quis cum decem conduxisset, quindecim solverit hic enim si per errorem solvit, dum putat se quindecim conduxisse, a c t i o n e m   e x   c o n d u c t o   n o n   h a b e b i t,   s e d   s o l a m   c o n d i c t i o n e m. Nam inter eum qui per errorem solvit, et eum qui pensionem integram prorogavit, multum interest.

Von nachträglicher juristischer Unmöglichkeit beim Kauf handelt Celsus auch in der l. 13 § 17 D. 19, 1.

Ulpianus libro 32 ad edictum.

Idem Celsus libro eodem scribit: Fundi quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti et antequam traderes coactus es communi dividundo iudicium accipere. Si socio fundus sit adjudicatus, quantum ob eam rem a Titio consecutus es, id tantum emptori praestabis. Quod si tibi fundus totus adjudicatus est, totum, inquit, eum emptori trades, sed ita, ut ille solvat, quod ob eam rem Titio condemnatus es. Sed ob eam quidem partem, quam

[1]) Vgl. auch die actio venditi des Pomponius-Ulpian in der l. 3 § 3 D. 11, 6.

vendidisti, pro evictione cavere debes, ob alteram autem tantum de dolo malo repromittere: Aequum est enim eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo. Sed si certis regionibus fundum inter te et Titium judex divisit, sine dubio partem, quae adjudicata est, emptori tradere debes.

Schon Gustav Hartmann[1]) hat die grundlegende Verschiedenheit zwischen diesem Fall von juristischem casus und dem der l. 33 D. 19, 2 richtig hervorgehoben: Hier ein unberechenbares Eingreifen der Obrigkeit, das dem Verkäufer vor der Tradition die Verfügungsmacht raubt, dort eine Umwandlung des verkauften Eigentumsanteils in eine Abfindungssumme oder in Alleineigentum entweder am Ganzen unter Auferlegung einer Abfindungssumme zugunsten des socius oder an einem reellen Trennstück, kurz Veränderungen, Entwicklungen des verkauften Rechts, die seiner rechtlichen Natur entsprechen und mit deren Eintritt der Käufer von vornherein hat rechnen müssen. Darum erklärt Celsus es für billig, daß der Käufer in die rechtliche Lage des Verkäufers so eintrete, wie wenn die Teilungsklage erst gegen ihn nach Abtretung des Miteigentums angestrengt worden wäre. Wird vom Teilungsrichter dem Verkäufer seine Quote abgesprochen, so muß sich der Käufer mit der Abfindungssumme begnügen, er darf nicht mit actio emti einfach Befreiung von der Kaufpreisschuld oder Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises begehren. So wie hier Celsus im konkreten Sonderfall ein periculum emtoris aus der wandelbaren Natur des verkauften Rechts ableitet, so werden wir später bei Betrachtung des Weinkaufs finden, daß die gleiche wandelbare Natur eines physischen Kaufobjekts die Klassiker im konkreten Fall kraft der bona fides des Kaufs zur gleichen Verteilung der Gefahr veranlaßt hat. Die l. 11 § 17 citata erschließt zugleich das Verständnis für die den gleichen Fall behandelnde l. 7 § 13 D. 10, 3.

Ulpianus libro vicensimo ad edictum.

Si debitor communis praedii partem pignori ⟨fiduciae[2]): Ulpianus⟩ dedit et a domino alterius partis provocatus

---

[1]) Jhs. Jahrb. 22 S. 451 fg.

[2]) Biondi, Legittimazione 62 nach dem Zitat von Krüger ad hanc legem.

creditor ejus [aut ab alio creditore alterius debitoris][1]) licendo superavit et debitor [ejus cui res fuit adjudicata][1]) velit partem suam praedii reciperare soluto eo quod ipse debuit, eleganter dicitur non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit reciperare, quam creditor per adjudicationem emit. Nam et si partem vendideris rei et prius quam traderes emptori, communi dividundo judicio provocatus fueris aliaque pars tibi adjudicata sit, consequenter dicitur ex empto agi non posse, nisi totam rem suscipere fuerit paratus, quia haec pars beneficio alterius venditori accessit: quin immo etiam ex vendito posse conveniri emtorem, ut recipiat totum: solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit (intervenerit?). Sed et si distracta parte cesserit victus licitatione venditor, aeque pretium ut restituat, ex emto tenebitur. Haec eadem et in mandato ceterisque hujus generis judiciis servantur.

Daß am Beginn statt pignori fiduciae zu lesen ist, ergibt sich daraus, daß der creditor als Miteigentümer handelt und behandelt wird; in dem andern Satz wollen die Kompilatoren den Leser sicher machen und zugleich in geistloser Art juristisch belanglose Eventualitäten nebeneinander stellen, indem sie eine Miteigentumsklage eines alius creditor alterius debitoris unterstellen, womit ungeschickt genug ein Pfandgläubiger des anderen Miteigentümers gemeint sein soll.

Aus dem Zusammenhang des Ganzen und der zugrunde liegenden Celsus-Stelle ergibt sich, daß im Fall der venditor im Teilungsverfahren seinen Anteil einbüßt, der Käufer nicht seinen Kaufpreis zurückverlangt, sondern die Abfindungssumme erhält, das pretium, mittels dessen der socius venditoris „per adjudicationem emit“. Hinsichtlich der Fortentwicklung des Miteigentums trägt auch hier der Käufer, nicht der Verkäufer das periculum.

§ 4. Fortsetzung. Die l. 13—15 D. 18, 6.

Für die Frage aber, ob Julian-African in der l. 33 D. 19, 2 hinsichtlich des periculum emtoris eine Sonderansicht

[1]) Die Erkenntnis der Interpolation verdanke ich einem gütigen Hinweis von Otto Lenel.

vertreten, sind von ausschlaggebender Bedeutung die berühmten l. 13 und 15 pr. D. 18, 6.[1])

Paulus libro tertio Alfeni epitomarum.

Lectos emtos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: Si traditi essent emtori aut per eum stetisset quominus traderentur, emptoris periculum esse placet. Quod si neque traditi essent, neque emptor in mora fuisset quominus traderentur, venditoris periculum erit.

Zwischen welche beiden die Kompilatoren einschieben:

Julianus libro tertio ad Urseium Ferocem.

Eumque cum aedili si id non jure fecisset habiturum actionem legis Aquiliae: [aut certe cum venditore ex emto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret].

Ein Genuskauf oder ein Werklieferungsvertrag auf Betten wird m. E. schon durch den Ausdruck lectos emtos ausgeschlossen. Es sind bestimmte Betten als species, nicht Betten schlechthin aus einem größeren Vorrat gekauft und von dem mit der Straßen- und Verkehrspolizei betrauten Ädilen, weil auf der Straße stehend, zusammengeschlagen worden. Alfen fragt, wer die Gefahr trage, d. h. wer von den Vertragsparteien den Schaden habe, d. h. die Betten einbüße und entweder als Verkäufer zugleich den Kaufpreis verliere oder als Käufer trotzdem zahlen müsse. Und die Antwort lautet: Nach Juristenrecht (placet) ist maßgebend, ob die Betten bereits tradiert waren oder ob der Käufer in Annahmeverzug sich befand. Wenn ja, trägt der Käufer, sonst der Verkäufer die Gefahr. Die Stelle ist stilistisch völlig einwandfrei, wie denn auch ihr der in der Kompilation

[1]) Vgl. über diese Stellen Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts S. 234 fg. mit ausführlicher Erörterung der Literatur. Dortselbst gute Polemik gegen die Annahme einer culpa venditoris. Aber auch Puntscharts Annahme, es sei „des Käufers wegen nicht tradiert", wird durch den Inhalt der Stelle nicht begründet. Vielmehr beläßt Paulus vor der Tradition stets dem Verkäufer das periculum außer bei Annahmeverzug des Käufers, das ist aber mehr als bloße „effektive Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers" (a. a. O. S. 226 fg. 241). Die Definition der mora emptoris in l. 3 § 4 D. 19, 1 ist interpoliert. Vielfach zutreffende Polemik gegen die landläufigen Auslegungen der Pandektenharmonistik auch bei Arnò, Teorica § I und II.

gemeinhin vertretenen Periculumlehre widersprechender Inhalt jeden Gedanken kompilatorischen Ursprungs ausschließt. Wir haben vielmehr zweifellos die Ansicht des Alfen, der Paulus schlechthin beitritt. Und Paulus, der in der l. 54 D. 19,1 so sorgsam die Frage erörtert, ob und unter welchen Umständen eine Beschädigung der Kaufsache vor der Tradition als Wirkung einer falschen Behandlung der Sache durch den Verkäufer diesem zur Last falle[1]), erwähnt in unserem Fall das Schuldmoment gar nicht, das die Pandektenharmonistik breittritt[2]), sondern stellt aufs bestimmteste alles allein auf Tradition oder Gläubigerverzug ab. Selbst wenn die Betten auf der Straße ein Verkehrshindernis bildeten[3]), demgegenüber dem Ädilen letzten Endes dieser schärfste Akt selbstherrlichen Eingreifens offen stand, so ist doch in der Stelle nicht einmal angedeutet, daß das Verhalten des Privaten den Magistrat zu solcher ultima ratio nötigte. Im Gegenteil, aus der l. 14 ersehen wir, daß die Juristen seit alters bei Besprechung des Falls in Rechnung zogen, daß der Magistrat seine Amtsgewalt überschritten habe und darum dem geschädigten Eigentümer mit actio legis Aquiliae auf Schadensersatz haftete. Gegenüber solchem Mißbrauch der Amtsgewalt war selbstverständlich jedwede Abwehr des Privaten ausgeschlossen, von einem Einstehen des Verkäufers aus dem Gesichtspunkt irgendwelcher noch so streng gefaßten custodia[4]) konnte gegenüber solcher vis cui resisti non potest hier sowenig wie in den Fällen der l. 33 D. 19,2 die Rede sein. Solches Eingreifen der Staatsgewalt erscheint den Juristen der l. 33—35 als ein Musterfall von vis, quam prohibere non poteris, der gegenüber jeder Gedanke an private Verantwortlichkeit und Interessehaftung entfällt so wie beim Anprall einer Räuberbande oder der Reparatur eines Hauses,

[1]) Custodia S. 257 fg.

[2]) Es findet sich selbst noch bei Girard, Manuel (5) p. 547 Note 3, nach dessen Ansicht die textes qu'on a invoqués au contraire (gegen das periculum emptoris) ne sont pas très difficiles à écarter, ebenso wie bei Manenti, Studi Senesi 4 p. 249 unter Berufung auf die unechte l. 3 D. 18, 6 (Custodia 347).

[3]) Vgl. l. 1 § 4 D. 43, 10.

[4]) Anders scheinbar Schulz, Grünhuts Zeitschr. Bd. 38 (1911) S. 39 zu Note 87. Treffend Rabel, Grundzüge S. 484 oben.

die wegen der drohenden Gefahr des Zusammensturzes keinen Aufschub duldet, kurzum so recht eigentlich als ein Musterfall von periculum bei Kauf und Miete. Bei Erörterung der Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien zueinander fragt daher Alfen Paulus gar nicht, ob der Magistrat oder irgendwer in Schuld ist; unbedingt lautet die Entscheidung dahin, daß es allein auf Übergabe oder Annahmeverzug des Käufers dafür ankomme, ob der Verkäufer oder der Käufer die Gefahr trage. Die Ausnahme eines etwa gegebenen dolus des Verkäufers wird anders als in l. 18 h. t. oder l. 9 § 4 D. 19, 2 gar nicht berührt. Der Gedanke an Verschulden, der den Juristen von der Erörterung der Haftung des Ädilen her geläufig war[1]), taucht hier gar nicht auf. Freilich in der l. 13 § 8 D. 19, 2 wird gefragt, ob das behördliche Vernichten richtiger Maße, also ein offenbarer

[1]) l. 14 D. 18, 6. Der Schluß von aut certe an ist m. E. sicher eingeschoben. Wenn Julian — was wir nicht wissen können — unter eumque den Käufer verstanden hat, wie die Kompilatoren durch die Anfügung an die l. 13 uns wollen verstehen lassen, so setzt das unbedingte habituram actionem legis Aquiliae voraus, daß er bereits durch Übergabe Eigentum erworben hat (l. 11 § 6 D, 9, 2). Dann konnte ein Julian aber nicht einfach ohne Betonung der veränderten tatsächlichen Voraussetzungen mit dem unklaren, wenn auch so siegesgewiß klingenden aut certe fortfahren, daß der Käufer jedenfalls mit actio emti Abtretung der Ansprüche gegen den Ädilen vom Verkäufer begehren könnte. War das concidere nach der Übergabe geschehen, so war dem Verkäufer gar kein Anspruch gegen den Beamten erwachsen, und erst recht keine actiones, natürlich hatte auch der Käufer nach der Übergabe keine actio emti mehr (l. 1 pr. D. 19, 4). Die Kompilatoren wollen mit dem aut certe ergänzt wissen: falls noch keine Übergabe an den Käufer geschehen war. In diesem Fall verpflichten sie den Verkäufer, der ohne Diligenzverletzung nicht mehr leisten kann, zur Abtretung von omne lucrum, weshalb sie gern, um recht sicher im Interesse des Käufers zu gehen, auch dort von actiones reden, wo mehrere Rechtsbehelfe gar nicht in Frage kommen oder wenigstens nicht feststehen. Vgl. Custodia S. 302 fg., bes. 309. 315. 317—318. 328. 332. Formelle Anstände: Das aut certe, das hinterher das vorher bestimmt Gesagte als non certum hinstellen will; ferner aedile nach dem kurz vorher aedili stand; das unmögliche habuisset; statt sibi ei, das sich auf den Käufer beziehen soll. Auf die meisten formellen Anstöße hat schon Beseler, Beiträge III S. 185 hingewiesen, der aber den Schluß nur von actiones an als sicher unecht streichen will und dessen eigener Rekonstruktionsversuch S. 186 an dem custodia S. 302 fg. Gesagten scheitern dürfte.

Amtsmißbrauch nicht auf Verschulden des betroffenen Benutzers beruhe. Aber die Stelle ist, wie ich anderwärts[1]) gezeigt habe, völlig unecht.

Im Sinne der Kompilation müssen wir auch in der l. 13 und 15 pr. D. 18, 6 im Fall der unrechtmäßigen Zerstörung der verkauften Betten durch den Ädilen vor der Übergabe ein Verschulden des Verkäufers hineinlesen, der bei Beobachtung der ihm in der Kompilation auferlegten diligentia boni patris familias[2]) die Betten nicht hätte auf der Straße stehen lassen dürfen; und nur so erklärt es sich überhaupt, daß uns die Kompilatoren die Paulusstelle unversehrt überliefert haben, die im Sinne ihres Urhebers das Nichtgegebensein einer Regreßpflicht des Verkäufers für Eingriffe dritter zum unbezweifelten Ausgangspunkt nimmt.

Im engsten sachlichen Zusammenhang zum pr. steht der § 1 der l. 15 citata:

> Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus venditoris: videri autem trabes traditas quas emptor signasset.

Auch hier ist die Ausflucht der Pandektenharmonistik, es handle sich um einen Genuskauf, abzulehnen. Vor der Konzentration könnte man weder von lectos emtos noch von materia emta reden. Aber auch schon, wenn die Betten als species gekauft waren, hätte Alfen es hervorgehoben, wenn das Bauholz nur in genere verkauft worden wäre. Vor allen Dingen aber erscheint es ausgeschlossen, daß der Klassiker sich vollständig darüber ausgeschwiegen hätte, daß die Tradition im letzten Fall aus einem ganz anderen rechtlichen Gesichtspunkt heraus, nämlich als Mittel der Individualisierung der Ware für den Gefahrübergang wesentlich sei. Eben diese Erwägung verbietet aber schon die Auslegung, daß Alfen-Paulus vor der Tradition darum dem Verkäufer die Gefahr zuspreche, weil im klassischen Recht der Verkäufer schlechthin für Verlust der Kaufsache durch Diebstahl dem Käufer gehaftet habe. Auch das Wort periculum venditoris ante traditionem würde danach hier im § 1 anders zu verstehen sein als im pr., ja was noch befremdlicher wäre,

[1]) Vgl. die Miszelle in Bd. 40 dieser Zeitschr. S. 351 fg.

[2]) Custodia S. 257 fg.

Alfen-Paulus müßten im selben Satz das Wort periculum in zwiefachem Sinn verstanden haben, nämlich emptoris esse periculo hätte ihnen bedeutet Zahlungspflicht des Käufers trotz Einbuße der Sache, das si minus venditoris aber Verpflichtung des Verkäufers zum Ersatz des Interesses des Käufers, das selbstverständlich den Wert der Sache beträchtlich übersteigen konnte.[1])

Diese letztere Auslegung der Stelle fällt aber ohne weiteres mit dem Nachweis, daß im klassischen Recht der Verkäufer weder für custodia noch für diligentia, sondern grundsätzlich nur für dolus und der bona fides der Formel widerstreitende Behandlung der verkauften Sache gehaftet, für Diebstahl eines Dritten aber grundsätzlich ebenso wie der Sachmieter nur in Kollusionsfällen hat einstehen müssen.[2]) Hingegen findet unsere dem klaren Wortlaut der l. 15 § 1 cit. entsprechende Auslegung ihre deutliche Bestätigung in dem Ausspruch des Paulus in den Sentenzen (II 31, 17), den uns der codex Vesontinus überliefert, den die bisherige Lehre trotz der echt klassischen Prägnanz nach Form und Inhalt nur darum für unecht hält, weil sie ihn nicht erklären kann und weil er mit der sicher unechten l. 14 pr. und l. 81 pr. D. 47, 2 im Widerspruch steht.[3])

> Si res vendita ante traditionem subrepta sit, emptor et venditor furti agere possunt; utriusque enim interest rem tradi vel tradere.

Da nach sicherem klassischen Recht nur der die actio furti erhält, der die Gefahr des Diebstahlsverlusts trägt oder teilt[4]), so könnte vom Standpunkt des periculum emptoris jedenfalls von einer actio furti des Verkäufers in den Fällen keine Rede sein, in denen dieser nach dem Kaufkontrakt zur alsbaldigen Übergabe der gestohlenen Kaufsache verpflichtet gewesen wäre.[5]) Aber da gerade Paulus in der insoweit echten l. 21 D. 18, 4[6]) diese actio furti dem Verkäufer

---

[1]) l. 1 pr. D. 19, 1. [2]) Custodia 236. 257 fg. 273 fg.

[3]) Darüber ausführlich custodia S. 274 fg. 302 fg.

[4]) Gajus III 203; Pauli sent. II 31, 4; l. 47 § 1 D. 10, 2; l. 14 § 16; l. 12 pr. § 1 D. 47, 2.

[5]) l. 54 D. 9, 2 (Papinian); l. 18 § 5 D. 4, 3 (Paulus).

[6]) Custodia S. 327.

beläßt, wie überhaupt nach klassischem Recht jedes stellvertretende und jedes akzessorische commodum bis zur Übergabe grundsätzlich dem Verkäufer verbleibt[1]), so ergibt sich nach dem klassischen Grundsatz von der Übereinstimmung von commodum und periculum[2]), daß nicht der Käufer, sondern der Verkäufer bis zur Übergabe die Gefahr des zufälligen Verlusts der Kaufsache getragen hat. Erst die im griechischen Recht, das keinen Konsensual-, sondern nur einen Realkauf kennt[3]), befangenen Byzantiner haben in weitem Maß die Wirkungen ihres Kaufvertrags schon an den Abschluß des römischen Konsensualkaufs, der von ihnen sogenannten emptio perfecta geknüpft, insbesondere Gefahr und Fruchtgenuß[4]) unter Ausstoßung des nach ihrem Recht unerheblichen Traditionsmomentes schon mit dem Abschluß des Kaufs auf den Käufer übergehen lassen. Daß in diesem Sinn die klassischen Aussprüche hinsichtlich der commoda von ihnen verändert sind, ist früher[1]) zu zeigen versucht worden. Die folgende Darstellung soll den gleichen Nachweis hinsichtlich des periculum erbringen.

Teil 2.

Die Unechtheit der den Grundsatz enthaltenden Stellen.

§ 5. Die l. 8 pr. D. 18, 6.

Wir gehen nunmehr dazu über, diejenigen Quellenstellen kritisch zu betrachten, in denen uns der Grundsatz periculum est emptoris in der Justinianischen Kompilation überliefert

---

[1]) Custodia § 7. Hinsichtlich der Früchte vgl. noch das deutlich den klassischen Standpunkt widerspiegelnde Scholion des Theodorus zu Bas. 15, 1, 92 (C. 3, 32, 12): Heimb. suppl. Zach. 37: *Μετὰ τραδιτίονα οὐ δύναται ὁ πράτης ἀναλαβεῖν ὃ ἐπώλησεν, ἀλλὰ καὶ τὸ ἐξ αὐτοῦ κέρδος τῷ ἀγοραστῇ ἁρμόζει.*

[2]) Custodia S. 316 Note 2; dazu noch l. 34 D. 36, 1; ferner l. 4 und l. 46 § 1 eod.; l. 47 § 1 D. 49, 14; l. 2 § 1; l. 4 § 4 D. 18, 2; l. 64 pr.—§ 2 D. 21, 2 (später S. 150 fg.).

[3]) Vgl. später S. 86 und 172 fg.

[4]) In den Papyri wird zugleich mit der Kaufpreisquittung dem Käufer auch das Fruchtrecht als Teil des Herrenrechts zugebilligt. Vgl. z. B. B. G. U. 282 (Zeit des Marcus), No. 825: *Κρατεῖν καὶ κυριεύειν . . . καὶ τὰ ἐξ αὐτῶν περιγεινόμενα ἀποφέρεσθαι εἰς τὸ ἴδιον.* Ebenso B. G. U. 542 (65 v. Chr.). 667 und sonst.

ist. Außerhalb ihrer findet er sich nirgends. Wir beginnen mit der bekannten[1]) l. 8 pr. D. 18, 6.

Paulus libro trigesimo tertio ad edictum.

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: Tunc enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id quod venierit appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio. Quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio. Quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt. Idem Pomponius libro nono probat. Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emptione in praeteritum. Quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. Et quod pretii solutum est, repetitur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur) si pendente condicione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.

Was an dieser Stelle zunächst auffällt, ist die lehrhafte Wichtigkeit[2]), mit der in nicht gerade paulinisch anmutenden Wendungen necessario sciendum est, tunc enim sciemus der Terminus der emptio perfecta eingeführt wird, der in unverdächtigen Stellen rechtsgültig zustandegekommen[3]) oder

[1]) Über sie neuerdings Vasalli, Bull. 27, 216 mit schwach begründeten Interpolationsvermutungen hinsichtlich des et si id — est emptio; quod si pendente — praeteritum; et fructus — peremuntur; sane — emptoris.

[2]) Solche pomphaften Ankündigungen sind häufig kompilatorisch. Vgl. z. B. l. 51 § 2 i. f. D. 9, 2; l. 5 pr. D. 19, 5; l. 91 § 4 D. 45, 1.

[3]) l. 9 pr. D. 18, 1; l. 2 § 4 D. 41, 4; l. 35 D. 29, 1; l. 35 § 1 D. 18, 1; l. 43 § 9 D. 21, 1; l. 29 D. 28, 1; l. 2 D. 28, 3; l. 16 § 1 D. 28, 6; l. 35 D. 29, 1; l. 2 § 1 D. 29, 3; l. 18 D. 33, 2; l. 38 D. 40, 5; l. 38 pr. D. 40, 12; l. 2 § 4 D. 41, 4; l. 1 § 5 D. 43, 5; l. 2 § 1 D. 29, 3; l. 14 D. 46, 4; l. 115 pr. D. 45, 1; l. 44 § 2 D. 44, 7; l. 6 pr. D. 48, 10; l. 24 D. 36, 2; l. 32 D. 39, 6; l. 18 D. 33, 2; Mitteis, Röm. Privatrecht § 10 Note 31; die dort zitierte l. 63 D. 18, 1 halte ich für interpoliert: servo jusserit, worauf jussus erat folgt, cum potuit, eam, das sich auf rem beziehen soll. Schwerlich ganz echt ist auch die schon sprachlich anstößige

Sed Julianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri quominus habere liceat, posse defendi ex emto eum in hoc quidem non teneri quod emtoris interest, verum tamen ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret. Nisi forte inquit sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatoribus emimus aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emtor pretium praestare necesse habebit, sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. Nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam dicendum est ex emto eum teneri quia dolo facit.

Denn die Stelle ist in allen Teilen schwer interpoliert. So ist sprachlich anstößig schon die quaestio mit ihrem habere licere vendidit; dann das für Tribonian typisch saloppe nam si per se mit der trivialen Folge non videtur id praestare ne alius evincat, die dann im weiteren in doktrinärer Weitschweifigkeit und Stilarmut breitgetreten wird. Was aber im folgenden dem Julian in den Mund gelegt wird, kann von dem Klassiker nur als Auslegung des Parteiwillens gedacht gewesen sein. Daß Julian bei klarem Ausschluß jedweder Eviktionshaftung nicht ein jus cogens auf Rückgabe des pretium nach geschehener Eviktion aus der bona fides abgeleitet hat, ergibt sich schon daraus, daß er in der l. 11 § 15 eine zeitliche Befristung der Eviktionshaftung zugunsten des venditor ignorans schlechthin aufrechterhält entsprechend der Haltung des Alfen in dem analogen Fall der l. 40 pr. D. 18, 1, und daß uns der freilich noch stärker als der § 15 überarbeitete § 16 noch vermuten läßt, daß er hier im Fall des Pfandverkaufs den Ausschluß der Eviktion zwar nicht, wie die Kompilatoren uns wollen glauben

lassen [1]), aus der Natur des Geschäfts oder dem Erlaß von constitutiones, wohl aber gleichfalls aus der besonderen Vertragsabrede abgeleitet hat, so daß der unfaßliche Gegensatz zwischen dem Papinian der l. 68 pr. D. 21, 2, dem Tryphonin der l. 12 § 1 D. 20, 5, die an der schlechthinnigen Wirksamkeit der Abrede über den Haftungsausschluß keinen Zweifel haben, und Julian gar nicht bestand. Für uns aber ist in diesem Zusammenhang die Hauptsache, daß die in barbarischem Latein gegebene Begründung: Neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione (!) ut emptor rem amittet (!) et pretium venditor retineret (!) erst recht nicht von Julian stammt, sowenig wie die grundlose Ablehnung des aus der abweichenden Regelung der emptio spei fließenden Gegenarguments, das auch sonst von den Klassikern zur Klarstellung des Parteiwillens gern benutzt wird.[2]) Wenn selbst das objektiv Ungewisse gültig gekauft werden kann, warum sollte der Käufer beim Erwerb des objektiv feststellbaren und nur den Parteien unbekannten Umfangs der erworbenen Rechtsmacht seines auctor gegen seinen klaren Vertragswillen bevormundet werden? Erst die schwächliche moralisierende Tendenz Justinians sucht solches Ergebnis aus der bona fides abzuleiten und will nur beim Pfandverkauf gerade umgekehrt den Verkäufer schützen, nicht aber Julian oder Ulpian, der in l. 11 pr. D. 19, 1 ausdrücklich erklärt: Et in primis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci quod praestari convenit: Cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari quod inter contrahentes actum est.

Wir dürfen und müssen also davon ausgehen, daß Julian ebenso wie alle Juristen vor und nach [3]) ihm auch hinsichtlich der Eviktionshaftung vollständige Vertragsfreiheit für den gutgläubigen Verkäufer proklamiert und daß gewiß der

[1]) Siehe custodia S. 309 [1].

[2]) Vgl. für den Fall des Erbschaftskaufs schon Javolen ex Plautio in l. 10 D. 18, 4 und Paulus ad Plautium in l. 7 eodem. Das Abstellen auf den Parteiwillen und der Vergleich mit der aleatorischen emptio spei geht vielleicht schon auf Plautius selbst zurück, auch Ulpian hat ihn in der sachlich gewiß echten l. 11 eodem.

[3]) Siehe auch noch Diokletian in der bis convenit unveränderten c. 14 C. 3, 36.

geistesgewaltige Meister nicht verkannt haben kann, daß der Käufer, der meist bei Fortfall jedweden Eviktionsanspruchs einen geringeren Kaufpreis bewilligt haben wird, sich über Verletzung der Vertragstreue nicht beklagen darf, wenn er nach geschehener Eviktion den Kaufpreis dem nicht arglistigen Verkäufer belassen muß. Gerade die Analogie der emptio spei aus einem Fischzug oder einer Jagd wird ihn wie einst Plautius und Javolen und später Paulus und Ulpian bei Erwägung des Kaufs einer spes hereditatis in diesem Ergebnis bestärkt haben, das kein Späterer mehr bezweifelt. Von diesem Standpunkt aus wird aber gewiß Julian nicht, wie uns die l. 11 § 18 will glauben machen, die Stipulation per se heredemque suum non fieri, quominus habere liceat und die andere nihil evictionis nomine praestatum iri in ihren rechtlichen Folgen gleichgestellt, sondern die erstere im Gegensatz zu der zweiten dahin ausgelegt haben, daß der Verkäufer im Fall einer Eviktion durch einen extraneus nur die Haftung aufs Interesse, aber nicht Rückgabe des Kaufpreises abgelehnt habe. Für diese Vermutung, die zu den aus den vorangegangenen Paragraphen erschlossenen echten Gedanken Julians bestens passen würde, liefert die Version des Basilikentextes[1]) eine überraschende Bestätigung:

Καὶ ὅι, ἐὰν πωλήσω σοι ἔφ' ᾧ μήτε ἐμὲ μήτε τὸν κληρονόμον μου ἢ τὰ φερόμενα εἰς ἐμὲ πρόσωπα ἐμποδίσαι σοι ἔχειν καὶ ἄλλος ἐκνικήσῃ τὸ πραθὲν· οὐκ ἐνέχομαι τῇ ἀγωγῇ τῇ περὶ τῆς μελλούσης ζημίαις οὔτε τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ πρᾶγμα ἀπαιτούσῃ εἰς τὸ διαφέρον, ἀλλ' εἰς τὴν ἀνάδοσιν τοῦ τιμήματος· εἰ μὴ ἄρα συνεφώνησα, μηδὲν παρασχεῖν ἐκνικωμένου τοῦ πράγματος ἐν ἀγνοίᾳ τοῦ πιπράσκειν ἀλλότριον. ὁ γὰρ εἰδώς, κὰ τοῦ συμφώνου ὄντος, ἐνέχεται τῇ ἀγωγῇ τῇ ἀπαιτούσῃ τὸ πρᾶγμα, οὐ μὴν ὁ αγνοήσας. Ἐνδέχεται γὰρ τὸν πράτην κερδᾶναι τὸ τίμημα καὶ τὸν ἀγοραστὴν μὴ σχεῖν τὸ πρᾶγμα, ὡς ἐπὶ ἀλείας καὶ θήρας. Κἂν γὰρ μηδὲν κρατηθῇ, δίδωσιν ὁ ἀγοραστὴς τὸ τίμημα.

[1]) Heimbach II 288; Basil. 19, 8, 11, die Riccobono, Bull. 8 S. 188 Note 4 und der ihm folgende De Medio, Bull. 16 S. 15 Note 3 grundlos für wertlos für das Problem erklären, begreiflich freilich, da sie trotz aller Bedenken an die Wahrheit des Berichts über Julian in der l. 11 § 18 glauben.

Das Justinianische neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret, liefert freilich keinen Beweis gegen die Klassizität des periculum emptoris, sondern nur solchen für die Flüchtigkeit der Kompilatoren, wohl aber liefert solchen Gegenbeweis die Art, wie die Klassiker die praktischen Folgen der Gültigkeit einer absoluten Wegbedingung jedweder Eviktionshaftung durch die Analogie der emptio spei sich zurechtlegen. Hätten sie etwas davon gewußt, daß kraft des periculum emptoris jedweder Kauf kraft Gesetzes etwas aleatorischen Charakter erhielt, so hätten sie gewiß nicht nötig gehabt, das Behalten des Kaufpreises trotz Verlusts der Kaufsache im Fall des Ausschlusses jedweden Eviktionsregresses als denkbar und gestattet an dem Beispiel der emptio spei vor sich selbst zu rechtfertigen.

§ 3. Weitere Quellenbelege gegen das periculum emptoris.

Wir beginnen mit der berühmten l. 33 D. 19, 2.

Africanus libro octavo quaestionum.

Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet quominus id praestes: quemadmodum inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto: Quod hactenus verum erit ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas eius scilicet temporis quo fruitus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui, in quo etiam lucrum ejus continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut protentiam ejus non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.

Die Stelle bietet stilistisch insofern einen Anstand, als vielleicht infolge Schreiberversehens die Überlieferung tenearis anstatt des zu erwartenden teneberis und ebenso cogeris anstatt cogaris enthält.[1])

Sachlich betrifft die Stelle in all ihren Teilen so recht eigentlich unser Thema: den Einfluß des rechtlichen oder tatsächlichen Unmöglichwerdens der vom Vermieter oder Verkäufer geschuldeten Leistung auf sein Recht zur Gegenleistung. Julian spricht es aufs bestimmteste aus, daß dieses Recht zur Gegenleistung erlischt, auch wenn es für Vermieter oder Verkäufer unvermeidliche Umstände waren, die sie am Leisten verhinderten, daß sie andernfalls aber sogar Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten haben. Ausgegangen wird von einem Hindernis, das dem Juristen als typisch unvermeidlich erscheint: der staatlichen Entziehung: Sie wird darum mit dem Erdsturz verglichen, der das geschuldete Haus vernichtet.[2]) Solcher Vergleich zwischen rechtlicher und faktischer Unmöglichkeit begegnet auch sonst bei Julian: Er gewährt in der l. 84 § 4 D. 30 dem Legatar actio ex testamento, falls der Erbe das vermachte Grundstück ohne die Servitut überliefert, die zugunsten des legierten Grundstücks auf dem Erbengrundstück lastete mit der Begründung, daß dem Legatar die actio auch verbliebe, wenn der Erbe den vermachten Sklaven körperlich verstümmelt übergebe.[3]) Trotzdem kann der mit quemadmodum eingeleitete Vergleich so nicht von Julian herrühren. Denn er fällt in unerträglicher Weise aus dem Zusammenhang der Stelle: Während vorher nur davon die Rede ist, daß der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung mit der Vertragsklage

[1]) Ob etwa der ganze Schlußsatz von nam bis debebis mit Mitteis, Mélanges Girard II S. 232 wegen des allerdings verdächtigen propter vim maiorem aut potentiam ejus, des den ego ersetzenden colonus tuus, als überflüssig zu streichen ist, mag als für unsere Frage belanglos dahingestellt bleiben.

[2]) Schon darum entspricht die Unterscheidung Hartmanns (Jhs. Jahrb. Bd. 22 S. 417 fg.) zwischen physischem und juristischem casus, aber auch die seines Kritikers Manenti (studi Senesi 4 p. 240) zwischen Zufällen, die die Sache und solchen, die nur das Vermögen des Verkäufers treffen, nicht dem Gedankengang Julians.

[3]) Ähnlicher Vergleich bei Pomponius in der l. 2 D. 7, 6.

verhaftet bleibt, aber nur zur Herausgabe der empfangenen Gegenleistung, wird in dem quemadmodum-Satz angefügt, dieser Haftung entspreche im Fall der Verdingung eines Hausbaus das Weiterbestehen der Haftung des Bestellers, also des Gläubigers des kasuell untergegangenen Werks auf Entrichtung des Werklohns. In dem zur Analogie mit quemadmodum herangezogenen Beispiel wird somit das gerade Gegenteil von dem gesagt, was sonst in der Stelle über den Fortfall dieser Pflicht zu Gegenleistung erklärt wird.[1]) Trotz alledem findet sich dieser unmögliche Vergleich auch in den Basiliken[2]) in einem Stephanos-Scholion zu unserer Stelle, während im Text selbst und in einem Scholion des Kyrillos nur vom Einsturz des vermieteten Hauses die Rede ist. Danach wäre das aedificandam zu streichen und alles wäre in schönster Ordnung. Es ist, wie wir später[3]) sehen werden, sehr wahrscheinlich, daß die Änderung den Kompilatoren zur Last fällt. Die gedenkliche Ordnung wird aber auch hergestellt, wenn wir aedificandam stehenlassen und statt locasses locassem lesen, ein Textverderb, der nicht notwendig auf Schreiberversehen, sondern sehr wohl auch auf Eingriff Tribonians beruhen kann. Diese letztere Wiederherstellung enthielte den sachlich weiterführenden Gedanken, daß nach kasuellem Untergang des Werks der Unternehmer (tu) verhaftet bleibe, aber auch nur zur Herausgabe der Vergütung. Freilich spricht gegen diese Rekonstruktion der Umstand, daß im weiteren Verlauf der Stelle nur noch von Sach-, nicht mehr von Werkmiete die Rede ist. Auf die Frage der Gefahrtragung beim Werkvertrag wird zurückzukommen sein.[4]) Zunächst ist wichtig, daß Julian auch für die Lehre des periculum Kauf und Sachmiete zusammenstellt, deren familiaritas und ähnliche rechtliche Struktur

---

[1]) Dies gegen Örtmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 S. 28, nach dem „der erste und zweite Fall gerade das gemeinsam haben, auf was die Stelle abzielt — daß der locator das periculum trägt, also bei der Sachmiete nach Untergang der Sache den Mietzins nicht zu fordern hat, bzw. zurückzahlen muß, bei der Werkverdingung trotz Untergangs des opus auf den Werklohn haftet"! Darin liege doch „ein die Zusammenstellung vollauf rechtfertigender Parallelismus".

[2]) Heimbach II S. 357. [3]) Vgl. S. 159.

[4]) Vgl. später S. 155 fg.

die Klassiker auch sonst gern betonen.[1]) Die Versuche der Pandektenharmonistik[2]), für die Regelung des periculum, die voneinander abweichende Behandlung der beiden Kontrakte aus sachlichen Verschiedenheiten in der Abwicklung der beiderseitigen Leistungen abzuleiten, sind keineswegs überzeugend. Eine Rechtfertigung für diese Verschiedenheit der Behandlung ist ebensowenig bisher erbracht worden, wie für das periculum emtoris an sich genommen. Daß aber bei der Sachmiete die Klassiker schon seit Alfenus und Servius den Vermieter die Gefahr des Mietzinses tragen lassen, falls er den Gebrauch der Mietssache ganz oder teilweise ohne Verstoß gegen die bona fides nicht gewähren kann, ergibt sich nicht nur aus unserer Stelle, sondern auch aus ihrer Fortsetzung in der l. 35 D. 19, 2, aus der l. 9 § 1. § 4; l. 15 § 2; l. 19 § 6; l. 27 pr.; l. 30 § 1 D. 19, 2; l. 39 § 2 D. 39, 2 (falls echt). Der Grund für diese Haftung des Vermieters auf Herausgabe des Mietzinses nach Unmöglichwerden des Mietsgebrauchs lag für die Juristen selbstverständlich in der Erwägung der bona fides, der Formel, gegen die das einseitige Behalten oder Fordern des Vermieters verstoßen würde. Hätte man beim Kauf anders gedacht, so wäre es unfaßlich, daß sich Julian-African zur Begründung ihrer Entscheidung für den Fall des enteigneten Vermieters auf den Fall des vor der Übergabe enteigneten Verkäufers berufen hätten. Kein Wort bei Julian-African davon, daß die Rückzahlungspflicht des schuldlos an der Übergabe verhinderten Verkäufers von anderen bezweifelt werde; nur daß seine Haftung im Fall solchen unabwendbaren Zufalls nicht auch das Interesse des Käufers an der Übergabe des Grundstücks enthalte, wird betont. Danach scheint mir die neuerdings sogar von Fritz Schulz[3]) aufgenommene Ansicht, Julian-African verträten in der l. 33 citata eine Sondermeinung, ganz unmöglich. Man

---

[1]) Vgl. Gajus III 142. 145 und in l. 2 D. 19, 2; Ulpianus in l. 63 D. 21, 1; Paulus in l. 22 § 3 D. 19, 2; l. 23 D. 46, 4 oben S. 57.

[2]) Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I (1853) S. 349 fg. Bechmann, Kauf I § 83.

[3]) Kr. V.-Schr. Bd. 50 S. 48. Gegen die von Schulz bei Grünhut Bd. 38, 38 vertretene angebliche Sonderlehre Julians zur Custodiahaftung vgl. meine custodia S. 194 fg.

wird es mir erlassen, auf die übrigen ganz haltlosen Erklärungsversuche der Pandektenharmonistik einzugehen [1]), die z. B. behaupten trotz des Vergleichs mit dem Erdsturz, der zur Leistung des Grundstücks Verpflichtete trage Schuld an der staatlichen Entziehung, oder der Rechtsmangel sei bereits beim Vertragsschluß gegeben gewesen, obwohl gerade wegen des Gegenteils die Interessehaftung verneint wird. Den Versuch Girards [2]), die Äußerung Julians zum Kauf als „solution incidente" beiseite zu schieben, hat bereits Schulz treffend abgefertigt, da solche versteckten Bemerkungen für das scharfe Auge des quellenkritisch geschulten Historikers häufig sehr viel wichtiger sind als wiederholt und wichtig ex professo vorgetragene Lehren der angeblichen Klassiker, wie sie uns etwa die Justinianische Kompilation von dem periculum emtoris überliefert. Nicht die gelegentlich hingeworfene Bemerkung, sondern eher die ex professo und wiederholt auftretende Rechtsbehauptung, die sich sachlich nicht in den klassischen Gedankengang fügt, muß den Verdacht eines gesetzgeberischen Machtspruchs und Eingriffs erregen. Wären aber wirklich all diese Aussprüche echt, so wäre es unbegreiflich, daß sie in so kategorischer Form auftreten, ohne die gegenteilige Regelung bei der Miete [3]), ohne vor allem auch die ‚Sondermeinung' Julian-Africans auch nur einer Bemerkung für würdig zu erachten. Am schlimmsten stünde es in der Hinsicht mit der l. 5 § 2 D. 18, 5, in der Julian selbst [4]), und der l. 39 i. f. D. 46, 3, in der Africanus sich zum periculum emtoris bekennen, wenn diese Stellen echt wären, was später noch zu untersuchen sein wird.

Hingegen ist für die Frage der Sonderansicht des Julian in unserer Frage von gewissem Interesse die in der

---

[1]) Über Hartmann vgl. oben S. 64 Note 2.

[2]) Manuel (5) S. 547 Anm. 3.

[3]) Vgl. z. B. den angeblichen Ulpian im Beginn der l. 1 pr. D. 18, 6 hinsichtlich des periculum beim Kauf und in l. 9 § 4, l. 15 § 6, l. 19 § 6 D. 19, 2 hinsichtlich der umgekehrten Lehre bei der Miete, während wir der stark interpolierten l. 63 D. 21, 1 wenigstens insoweit trauen dürfen, daß Ulpian sich über die verschiedene Behandlung von Kauf und Miete hinsichtlich der ädilizischen Ansprüche Gedanken machte.

[4]) Die abweichende Auslegung von Schulz a. a. O. S. 48 Note 49 scheint mir nicht möglich. Vgl. später S. 124 fg. 132 fg.

Hauptsache unzweifelhaft echte und viel erörterte[1]) l. 16 D. 12, 4:

Celsus libro tertio digestorum.[2])

Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero quia hominem accipientis non feceris. Et rursus si tuus est Stichus (et pro evictione ejus promittere non vis) ⟨Celsus: nec eum mancipare volueris⟩ non liberaberis quominus a te pecuniam repetere possim.

Aus welchem Grund Celsus das Geschäft dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares nicht nach Kaufrecht behandeln zu dürfen glaubte, ist immer noch nicht aufgeklärt, kann aber hier unerörtert bleiben, ebenso wie die durch den Fortfall der mancipatio im justinianischen Recht etwa gebotenen Emendationen. Jedenfalls darf an dem pecuniam dare als einer fungiblen Leistung nicht gerüttelt werden und gewiß nicht wegen des blutleeren

Et si quidem pecuniam dem ut rem accipiam, emptio et venditio est

der l. 5 § 1 D. 19, 5; denn die l. 5 mit ihren gekünstelten Beispielen, in der nach dem charakteristischen principium totius ob rem dati tractatus inspici potest, gibt uns zwar einen tiefen Einblick in die weltfremde Lehrweise der Byzantiner, für das Verständnis des gedankentiefen Paulus hat sie bisher nur verheerend gewirkt, weil die wenigen echten Oasen nur schwer zu erkennen sind. Für unseren Zusammenhang kommt es nur darauf an, wie Celsus die praktische Tragweite seiner den Kaufcharakter des Geschäfts leugnenden Ansicht entwickelt. Für drei Sonderfälle wird das Versagen der Kaufklage betrachtet und die praktische Folge davon erörtert, daß nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta: 1. Die Leistung des Stichus wird

[1]) Literatur bei Bechmann, Kauf III 1 (1905) S. 85 Note 4; Girard, Manuel (5) S. 551 Note 2; Rabel, Grundzüge S. 469 Note 4.

[2]) Celsus 73; Lenel.



durch dessen Tod unmöglich; 2. der tu ist Nichteigentümer und haftet dem ego mangels Manzipation nicht einmal für auctoritas; 3. der tu versteht sich nur zur Tradition, nicht zur Manzipation der res mancipi. Nun frage ich: Ist es denkbar, daß Celsus die praktische Wirkung des nulla hic alia obligatio quam ob rem dati re non secuta[1]) zunächst an einem Fall (mortuo Sticho) erörtert hätte, in dem vom gegenteiligen Standpunkt aus — nämlich das Geschäft als Kauf betrachtet — dem Geber des Geldes jede obligatio versagt geblieben wäre? Hätte der Celsus unserer l. 16 über das periculum beim Kauf anders gedacht als sein ebenbürtiger Zeitgenosse Julian in der l. 33 citata, hätte er etwas geahnt von dem periculum emtoris, so hätte er den Fall des Todes des zugesagten Sklaven nicht als praktisches Beispiel für das nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta voranstellen dürfen, sondern er hätte selbstverständlich hervorgehoben, daß überhaupt nur von seinem Standpunkt, der das Geschäft nicht als Kauf ansieht, für den Fall kasuellen Unmöglichwerdens der dem ego zugesagten Leistung diesem ego eine obligatio, nämlich auf Rückgabe der von ihm gezahlten pecunia erwachse, während der ego als Käufer gedacht Geld und Gegenleistung hätte einbüßen müssen.[2])
Vom Standpunkt des periculum emtoris ist das Leugnen des Kaufcharakters für den Schutz des ego höchstens im zweiten

[1]) Der Gebrauch dieser Worte schließt m. E. die Auffassung Rabels (Haftung des Verkäufers S. 121) aus, „Celsus setze die fragliche Vereinbarung mit dem Kaufvertrag auseinander und sein Ziel sei dabei offenbar, den Vorleistenden gegenüber einem Käufer zu begünstigen".

[2]) Ganz ähnlich spricht der Umstand gegen die Klassizität des periculum emptoris, daß die Klassiker bei Erörterung der Streitfrage, ob die permutatio unter den Begriff des Kaufvertrags falle oder vicina emptioni sei (l. 1 D. 18, 1; l. 1 u. 2 D. 19, 4; l. 7 § 2 D. 2, 14; Gajus 3, 141; tit. Cod. 4, 64, bes. c. 7 von Diokletian), niemals die vom Standpunkt des periculum emptoris ganz fundamentale Tragweite der Kontroverse für die Gefahrverteilung erwähnen. Vom Standpunkt der Sabinianer trüge doch der Schuldner der als pretium gedachten Sache das periculum des Untergangs der Gegenleistung, vom Standpunkt der condictio ob rem stets der Empfänger der Vorleistung. Ganz anders, aber ohne Beweis Bonfante, ist. (5) p. 472: Alla permuta vennero estese dalla vendita .. il rischio (periculum et commodum) che è a carico del creditore prima ancora della consegna. Vgl. später S. 165 fg.

und dritten Fall nachteilig, im ersten Fall wäre es für den ego von größtem Gewinn, da die klassische condictio ob rem nicht fragt nach Schuld oder Unschuld des nicht leistenden Empfängers. Hingegen gewinnt die Stelle in all ihren Teilen einen folgerichtigen Aufbau, wenn Celsus im Fall des Todes des Sklaven dem Käufer ego die actio emti auf Rückgabe der pecunia gegeben hätte, so wie Julian-African im gleichen Fall in der l. 33 citata dem Käufer[1]) und entsprechend dem Mieter die Vertragsklage gewähren. Für den Fall der Miete wird in l. 19 § 6 D. 19, 2 in einem ähnlichen Fall kasueller Unmöglichkeit von Mela-Ulpian dieses Gegebensein der Vertragsklage, also das Gegenteil von dem Celsinischen nulla hic alia obligatio quam condictio zugunsten des Mieters besonders betont.

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum.

> Si quis cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit, vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum: non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causum conductionis proficeret. Aliter atque si quis cum decem conduxisset, quindecim solverit hic enim si per errorem solvit, dum putat se quindecim conduxisse, actionem ex conducto non habebit, sed solam condictionem. Nam inter eum qui per errorem solvit, et eum qui pensionem integram prorogavit, multum interest.

Von nachträglicher juristischer Unmöglichkeit beim Kauf handelt Celsus auch in der l. 13 § 17 D. 19, 1.

Ulpianus libro 32 ad edictum.

> Idem Celsus libro eodem scribit: Fundi quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti et antequam traderes coactus es communi dividundo iudicium accipere. Si socio fundus sit adjudicatus, quantum ob eam rem a Titio consecutus es, id tantum emptori praestabis. Quod si tibi fundus totus adjudicatus est, totum, inquit, eum emptori trades, sed ita, ut ille solvat, quod ob eam rem Titio condemnatus es. Sed ob eam quidem partem, quam

[1]) Vgl. auch die actio venditi des Pomponius-Ulpian in der l. 3 § 3 D. 11, 6.

vendidisti, pro evictione cavere debes, ob alteram autem tantum de dolo malo repromittere: Aequum est enim eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo. Sed si certis regionibus fundum inter te et Titium judex divisit, sine dubio partem, quae adjudicata est, emptori tradere debes.

Schon Gustav Hartmann[1]) hat die grundlegende Verschiedenheit zwischen diesem Fall von juristischem casus und dem der l. 33 D. 19, 2 richtig hervorgehoben: Hier ein unberechenbares Eingreifen der Obrigkeit, das dem Verkäufer vor der Tradition die Verfügungsmacht raubt, dort eine Umwandlung des verkauften Eigentumsanteils in eine Abfindungssumme oder in Alleineigentum entweder am Ganzen unter Auferlegung einer Abfindungssumme zugunsten des socius oder an einem reellen Trennstück, kurz Veränderungen, Entwicklungen des verkauften Rechts, die seiner rechtlichen Natur entsprechen und mit deren Eintritt der Käufer von vornherein hat rechnen müssen. Darum erklärt Celsus es für billig, daß der Käufer in die rechtliche Lage des Verkäufers so eintrete, wie wenn die Teilungsklage erst gegen ihn nach Abtretung des Miteigentums angestrengt worden wäre. Wird vom Teilungsrichter dem Verkäufer seine Quote abgesprochen, so muß sich der Käufer mit der Abfindungssumme begnügen, er darf nicht mit actio emti einfach Befreiung von der Kaufpreisschuld oder Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises begehren. So wie hier Celsus im konkreten Sonderfall ein periculum emtoris aus der wandelbaren Natur des verkauften Rechts ableitet, so werden wir später bei Betrachtung des Weinkaufs finden, daß die gleiche wandelbare Natur eines physischen Kaufobjekts die Klassiker im konkreten Fall kraft der bona fides des Kaufs zur gleichen Verteilung der Gefahr veranlaßt hat. Die l. 11 § 17 citata erschließt zugleich das Verständnis für die den gleichen Fall behandelnde l. 7 § 13 D. 10, 3.

Ulpianus libro vicensimo ad edictum.

Si debitor communis praedii partem pignori ⟨fiduciae[2]): Ulpianus⟩ dedit et a domino alterius partis provocatus

[1]) Jhs. Jahrb. 22 S. 451 fg.

[2]) Biondi, Legittimazione 62 nach dem Zitat von Krüger ad hanc legem.

creditor ejus [aut ab alio creditore alterius debitoris][1] licendo superavit et debitor [ejus cui res fuit adjudicata][1] velit partem suam praedii reciperare soluto eo quod ipse debuit, eleganter dicitur non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit reciperare, quam creditor per adjudicationem emit. Nam et si partem vendideris rei et prius quam traderes emptori, communi dividundo judicio provocatus fueris aliaque pars tibi adjudicata sit, consequenter dicitur ex empto agi non posse, nisi totam rem suscipere fuerit paratus, quia haec pars beneficio alterius venditori accessit: quin immo etiam ex vendito posse conveniri emtorem, ut recipiat totum: solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit (intervenerit?). Sed et si distracta parte cesserit victus licitatione venditor, aeque pretium ut restituat, ex emto tenebitur. Haec eadem et in mandato ceterisque hujus generis judiciis servantur.

Daß am Beginn statt pignori fiduciae zu lesen ist, ergibt sich daraus, daß der creditor als Miteigentümer handelt und behandelt wird; in dem andern Satz wollen die Kompilatoren den Leser sicher machen und zugleich in geistloser Art juristisch belanglose Eventualitäten nebeneinander stellen, indem sie eine Miteigentumsklage eines alius creditor alterius debitoris unterstellen, womit ungeschickt genug ein Pfandgläubiger des anderen Miteigentümers gemeint sein soll.

Aus dem Zusammenhang des Ganzen und der zugrunde liegenden Celsus-Stelle ergibt sich, daß im Fall der venditor im Teilungsverfahren seinen Anteil einbüßt, der Käufer nicht seinen Kaufpreis zurückverlangt, sondern die Abfindungssumme erhält, das pretium, mittels dessen der socius venditoris „per adjudicationem emit". Hinsichtlich der Fortentwicklung des Miteigentums trägt auch hier der Käufer, nicht der Verkäufer das periculum.

§ 4. Fortsetzung. Die l. 13—15 D. 18, 6.

Für die Frage aber, ob Julian-African in der l. 33 D. 19, 2 hinsichtlich des periculum emtoris eine Sonderansicht

[1]) Die Erkenntnis der Interpolation verdanke ich einem gütigen Hinweis von Otto Lenel.



vertreten, sind von ausschlaggebender Bedeutung die berühmten l. 13 und 15 pr. D. 18, 6.[1])

Paulus libro tertio Alfeni epitomarum.

Lectos emtos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: Si traditi essent emtori aut per eum stetisset quominus traderentur, emptoris periculum esse placet. Quod si neque traditi essent, neque emptor in mora fuisset quominus traderentur, venditoris periculum erit.

Zwischen welche beiden die Kompilatoren einschieben:

Julianus libro tertio ad Urseium Ferocem.

Eumque cum aedili si id non jure fecisset habiturum actionem legis Aquiliae: [aut certe cum venditore ex emto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret].

Ein Genuskauf oder ein Werklieferungsvertrag auf Betten wird m. E. schon durch den Ausdruck lectos emtos ausgeschlossen. Es sind bestimmte Betten als species, nicht Betten schlechthin aus einem größeren Vorrat gekauft und von dem mit der Straßen- und Verkehrspolizei betrauten Ädilen, weil auf der Straße stehend, zusammengeschlagen worden. Alfen fragt, wer die Gefahr trage, d. h. wer von den Vertragsparteien den Schaden habe, d. h. die Betten einbüße und entweder als Verkäufer zugleich den Kaufpreis verliere oder als Käufer trotzdem zahlen müsse. Und die Antwort lautet: Nach Juristenrecht (placet) ist maßgebend, ob die Betten bereits tradiert waren oder ob der Käufer in Annahmeverzug sich befand. Wenn ja, trägt der Käufer, sonst der Verkäufer die Gefahr. Die Stelle ist stilistisch völlig einwandfrei, wie denn auch ihr der in der Kompilation

[1]) Vgl. über diese Stellen Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts S. 234 fg. mit ausführlicher Erörterung der Literatur. Dortselbst gute Polemik gegen die Annahme einer culpa venditoris. Aber auch Puntscharts Annahme, es sei „des Käufers wegen nicht tradiert“, wird durch den Inhalt der Stelle nicht begründet. Vielmehr beläßt Paulus vor der Tradition stets dem Verkäufer das periculum außer bei Annahmeverzug des Käufers, das ist aber mehr als bloße „effektive Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers“ (a. a. O. S. 226 fg. 241). Die Definition der mora emptoris in l. 3 § 4 D. 19, 1 ist interpoliert. Vielfach zutreffende Polemik gegen die landläufigen Auslegungen der Pandektenharmonistik auch bei Arnò, Teorica § I und II.

gemeinhin vertretenen Periculumlehre widersprechender Inhalt jeden Gedanken kompilatorischen Ursprungs ausschließt. Wir haben vielmehr zweifellos die Ansicht des Alfen, der Paulus schlechthin beitritt. Und Paulus, der in der l. 54 D. 19, 1 so sorgsam die Frage erörtert, ob und unter welchen Umständen eine Beschädigung der Kaufsache vor der Tradition als Wirkung einer falschen Behandlung der Sache durch den Verkäufer diesem zur Last falle[1]), erwähnt in unserem Fall das Schuldmoment gar nicht, das die Pandektenharmonistik breittritt[2]), sondern stellt aufs bestimmteste alles allein auf Tradition oder Gläubigerverzug ab. Selbst wenn die Betten auf der Straße ein Verkehrshindernis bildeten[3]), demgegenüber dem Ädilen letzten Endes dieser schärfste Akt selbstherrlichen Eingreifens offen stand, so ist doch in der Stelle nicht einmal angedeutet, daß das Verhalten des Privaten den Magistrat zu solcher ultima ratio nötigte. Im Gegenteil, aus der l. 14 ersehen wir, daß die Juristen seit alters bei Besprechung des Falls in Rechnung zogen, daß der Magistrat seine Amtsgewalt überschritten habe und darum dem geschädigten Eigentümer mit actio legis Aquiliae auf Schadensersatz haftete. Gegenüber solchem Mißbrauch der Amtsgewalt war selbstverständlich jedwede Abwehr des Privaten ausgeschlossen, von einem Einstehen des Verkäufers aus dem Gesichtspunkt irgendwelcher noch so streng gefaßten custodia[4]) konnte gegenüber solcher vis cui resisti non potest hier sowenig wie in den Fällen der l. 33 D. 19, 2 die Rede sein. Solches Eingreifen der Staatsgewalt erscheint den Juristen der l. 33—35 als ein Musterfall von vis, quam prohibere non poteris, der gegenüber jeder Gedanke an private Verantwortlichkeit und Interessehaftung entfällt so wie beim Anprall einer Räuberbande oder der Reparatur eines Hauses,

[1]) Custodia S. 257 fg.

[2]) Es findet sich selbst noch bei Girard, Manuel (5) p. 547 Note 3, nach dessen Ansicht die textes qu'on a invoqués au contraire (gegen das periculum emptoris) ne sont pas très difficiles à écarter, ebenso wie bei Manenti, Studi Senesi 4 p. 249 unter Berufung auf die unechte l. 3 D. 18, 6 (Custodia 347).

[3]) Vgl. l. 1 § 4 D. 43, 10.

[4]) Anders scheinbar Schulz, Grünhuts Zeitschr. Bd. 38 (1911) S. 39 zu Note 87. Treffend Rabel, Grundzüge S. 484 oben.

die wegen der drohenden Gefahr des Zusammensturzes keinen Aufschub duldet, kurzum so recht eigentlich als ein Musterfall von periculum bei Kauf und Miete. Bei Erörterung der Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien zueinander fragt daher Alfen Paulus gar nicht, ob der Magistrat oder irgendwer in Schuld ist; unbedingt lautet die Entscheidung dahin, daß es allein auf Übergabe oder Annahmeverzug des Käufers dafür ankomme, ob der Verkäufer oder der Käufer die Gefahr trage. Die Ausnahme eines etwa gegebenen dolus des Verkäufers wird anders als in l. 18 h. t. oder l. 9 § 4 D. 19, 2 gar nicht berührt. Der Gedanke an Verschulden, der den Juristen von der Erörterung der Haftung des Ädilen her geläufig war[1]), taucht hier gar nicht auf. Freilich in der l. 13 § 8 D. 19, 2 wird gefragt, ob das behördliche Vernichten richtiger Maße, also ein offenbarer

---

[1]) l. 14 D. 18, 6. Der Schluß von aut certe an ist m. E. sicher eingeschoben. Wenn Julian — was wir nicht wissen können — unter eumque den Käufer verstanden hat, wie die Kompilatoren durch die Anfügung an die l. 13 uns wollen verstehen lassen, so setzt das unbedingte habituram actionem legis Aquiliae voraus, daß er bereits durch Übergabe Eigentum erworben hat (l. 11 § 6 D, 9, 2). Dann konnte ein Julian aber nicht einfach ohne Betonung der veränderten tatsächlichen Voraussetzungen mit dem unklaren, wenn auch so siegesgewiß klingenden aut certe fortfahren, daß der Käufer jedenfalls mit actio emti Abtretung der Ansprüche gegen den Ädilen vom Verkäufer begehren könnte. War das concidere nach der Übergabe geschehen, so war dem Verkäufer gar kein Anspruch gegen den Beamten erwachsen, und erst recht keine actiones, natürlich hatte auch der Käufer nach der Übergabe keine actio emti mehr (l. 1 pr. D. 19, 4). Die Kompilatoren wollen mit dem aut certe ergänzt wissen: falls noch keine Übergabe an den Käufer geschehen war. In diesem Fall verpflichten sie den Verkäufer, der ohne Diligenzverletzung nicht mehr leisten kann, zur Abtretung von omne lucrum, weshalb sie gern, um recht sicher im Interesse des Käufers zu gehen, auch dort von actiones reden, wo mehrere Rechtsbehelfe gar nicht in Frage kommen oder wenigstens nicht feststehen. Vgl. Custodia S. 302 fg., bes. 309. 315. 317—318. 328. 332. Formelle Anstände: Das aut certe, das hinterher das vorher bestimmt Gesagte als non certum hinstellen will; ferner aedile nach dem kurz vorher aedili stand; das unmögliche habuisset; statt sibi ei, das sich auf den Käufer beziehen soll. Auf die meisten formellen Anstöße hat schon Beseler, Beiträge III S. 185 hingewiesen, der aber den Schluß nur von actiones an als sicher unecht streichen will und dessen eigener Rekonstruktionsversuch S. 186 an dem custodia S. 302 fg. Gesagten scheitern dürfte.

Amtsmißbrauch nicht auf Verschulden des betroffenen Benutzers beruhe. Aber die Stelle ist, wie ich anderwärts[1]) gezeigt habe, völlig unecht.

Im Sinne der Kompilation müssen wir auch in der l. 13 und 15 pr. D. 18, 6 im Fall der unrechtmäßigen Zerstörung der verkauften Betten durch den Ädilen vor der Übergabe ein Verschulden des Verkäufers hineinlesen, der bei Beobachtung der ihm in der Kompilation auferlegten diligentia boni patris familias[2]) die Betten nicht hätte auf der Straße stehen lassen dürfen; und nur so erklärt es sich überhaupt, daß uns die Kompilatoren die Paulusstelle unversehrt überliefert haben, die im Sinne ihres Urhebers das Nichtgegebensein einer Regreßpflicht des Verkäufers für Eingriffe dritter zum unbezweifelten Ausgangspunkt nimmt.

Im engsten sachlichen Zusammenhang zum pr. steht der § 1 der l. 15 citata:

> Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus venditoris: videri autem trabes traditas quas emptor signasset.

Auch hier ist die Ausflucht der Pandektenharmonistik, es handle sich um einen Genuskauf, abzulehnen. Vor der Konzentration könnte man weder von lectos emtos noch von materia emta reden. Aber auch schon, wenn die Betten als species gekauft waren, hätte Alfen es hervorgehoben, wenn das Bauholz nur in genere verkauft worden wäre. Vor allen Dingen aber erscheint es ausgeschlossen, daß der Klassiker sich vollständig darüber ausgeschwiegen hätte, daß die Tradition im letzten Fall aus einem ganz anderen rechtlichen Gesichtspunkt heraus, nämlich als Mittel der Individualisierung der Ware für den Gefahrübergang wesentlich sei. Eben diese Erwägung verbietet aber schon die Auslegung, daß Alfen-Paulus vor der Tradition darum dem Verkäufer die Gefahr zuspreche, weil im klassischen Recht der Verkäufer schlechthin für Verlust der Kaufsache durch Diebstahl dem Käufer gehaftet habe. Auch das Wort periculum venditoris ante traditionem würde danach hier im § 1 anders zu verstehen sein als im pr., ja was noch befremdlicher wäre,

[1]) Vgl. die Miszelle in Bd. 40 dieser Zeitschr. S. 351 fg.

[2]) Custodia S. 257 fg.

Alfen-Paulus müßten im selben Satz das Wort periculum in zwiefachem Sinn verstanden haben, nämlich emptoris esse periculo hätte ihnen bedeutet Zahlungspflicht des Käufers trotz Einbuße der Sache, das si minus venditoris aber Verpflichtung des Verkäufers zum Ersatz des Interesses des Käufers, das selbstverständlich den Wert der Sache beträchtlich übersteigen konnte.[1])

Diese letztere Auslegung der Stelle fällt aber ohne weiteres mit dem Nachweis, daß im klassischen Recht der Verkäufer weder für custodia noch für diligentia, sondern grundsätzlich nur für dolus und der bona fides der Formel widerstreitende Behandlung der verkauften Sache gehaftet, für Diebstahl eines Dritten aber grundsätzlich ebenso wie der Sachmieter nur in Kollusionsfällen hat einstehen müssen.[2]) Hingegen findet unsere dem klaren Wortlaut der l. 15 § 1 cit. entsprechende Auslegung ihre deutliche Bestätigung in dem Ausspruch des Paulus in den Sentenzen (II 31, 17), den uns der codex Vesontinus überliefert, den die bisherige Lehre trotz der echt klassischen Prägnanz nach Form und Inhalt nur darum für unecht hält, weil sie ihn nicht erklären kann und weil er mit der sicher unechten l. 14 pr. und l. 81 pr. D. 47, 2 im Widerspruch steht.[3])

> Si res vendita ante traditionem subrepta sit, emptor et venditor furti agere possunt; utriusque enim interest rem tradi vel tradere.

Da nach sicherem klassischen Recht nur der die actio furti erhält, der die Gefahr des Diebstahlsverlusts trägt oder teilt[4]), so könnte vom Standpunkt des periculum emptoris jedenfalls von einer actio furti des Verkäufers in den Fällen keine Rede sein, in denen dieser nach dem Kaufkontrakt zur alsbaldigen Übergabe der gestohlenen Kaufsache verpflichtet gewesen wäre.[5]) Aber da gerade Paulus in der insoweit echten l. 21 D. 18, 4[6]) diese actio furti dem Verkäufer

---

[1]) l. 1 pr. D. 19, 1. [2]) Custodia 236. 257 fg. 273 fg.

[3]) Darüber ausführlich custodia S. 274 fg. 302 fg.

[4]) Gajus III 203; Pauli sent. II 31, 4; l. 47 § 1 D. 10, 2; l. 14 § 16; l. 12 pr. § 1 D. 47, 2.

[5]) l. 54 D. 9, 2 (Papinian); l. 18 § 5 D. 4, 3 (Paulus).

[6]) Custodia S. 327.

beläßt, wie überhaupt nach klassischem Recht jedes stellvertretende und jedes akzessorische commodum bis zur Übergabe grundsätzlich dem Verkäufer verbleibt[1]), so ergibt sich nach dem klassischen Grundsatz von der Übereinstimmung von commodum und periculum[2]), daß nicht der Käufer, sondern der Verkäufer bis zur Übergabe die Gefahr des zufälligen Verlusts der Kaufsache getragen hat. Erst die im griechischen Recht, das keinen Konsensual-, sondern nur einen Realkauf kennt[3]), befangenen Byzantiner haben in weitem Maß die Wirkungen ihres Kaufvertrags schon an den Abschluß des römischen Konsensualkaufs, der von ihnen sogenannten emptio perfecta geknüpft, insbesondere Gefahr und Fruchtgenuß[4]) unter Ausstoßung des nach ihrem Recht unerheblichen Traditionsmomentes schon mit dem Abschluß des Kaufs auf den Käufer übergehen lassen. Daß in diesem Sinn die klassischen Aussprüche hinsichtlich der commoda von ihnen verändert sind, ist früher[1]) zu zeigen versucht worden. Die folgende Darstellung soll den gleichen Nachweis hinsichtlich des periculum erbringen.

Teil 2.

Die Unechtheit der den Grundsatz enthaltenden Stellen.

§ 5. Die l. 8 pr. D. 18, 6.

Wir gehen nunmehr dazu über, diejenigen Quellenstellen kritisch zu betrachten, in denen uns der Grundsatz periculum est emptoris in der Justinianischen Kompilation überliefert

---

[1]) Custodia § 7. Hinsichtlich der Früchte vgl. noch das deutlich den klassischen Standpunkt widerspiegelnde Scholion des Theodorus zu Bas. 15, 1, 92 (C. 3, 32, 12): Heimb. suppl. Zach. 37: *Μετὰ τραδιτίονα οὐ δύναται ὁ πράτης ἀναλαβεῖν ὃ ἐπώλησεν, ἀλλὰ καὶ τὸ ἐξ αὐτοῦ κέρδος τῷ ἀγοραστῇ ἁρμόζει.*

[2]) Custodia S. 316 Note 2; dazu noch l. 34 D. 36, 1; ferner l. 4 und l. 46 § 1 eod.; l. 47 § 1 D. 49, 14; l. 2 § 1; l. 4 § 4 D. 18, 2; l. 64 pr.—§ 2 D. 21, 2 (später S. 150 fg.).

[3]) Vgl. später S. 86 und 172 fg.

[4]) In den Papyri wird zugleich mit der Kaufpreisquittung dem Käufer auch das Fruchtrecht als Teil des Herrenrechts zugebilligt. Vgl. z. B. B. G. U. 282 (Zeit des Marcus), No. 825: *Κρατεῖν καὶ κυριεύειν . . . καὶ τὰ ἐξ αὐτῶν περιγεινόμενα ἀποφέρεσθαι εἰς τὸ ἴδιον.* Ebenso B. G. U. 542 (65 v. Chr.). 667 und sonst.

ist. Außerhalb ihrer findet er sich nirgends. Wir beginnen mit der bekannten[1]) l. 8 pr. D. 18, 6.

Paulus libro trigesimo tertio ad edictum.

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: Tunc enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id quod venierit appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio. Quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio. Quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt. Idem Pomponius libro nono probat. Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emptione in praeteritum. Quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. Et quod pretii solutum est, repetitur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur) si pendente condicione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.

Was an dieser Stelle zunächst auffällt, ist die lehrhafte Wichtigkeit[2]), mit der in nicht gerade paulinisch anmutenden Wendungen necessario sciendum est, tunc enim sciemus der Terminus der emptio perfecta eingeführt wird, der in unverdächtigen Stellen rechtsgültig zustandegekommen[3]) oder

[1]) Über sie neuerdings Vasalli, Bull. 27, 216 mit schwach begründeten Interpolationsvermutungen hinsichtlich des et si id — est emptio; quod si pendente — praeteritum; et fructus — peremuntur; sane — emptoris.

[2]) Solche pomphaften Ankündigungen sind häufig kompilatorisch. Vgl. z. B. l. 51 § 2 i. f. D. 9, 2; l. 5 pr. D. 19, 5; l. 91 § 4 D. 45, 1.

[3]) l. 9 pr. D. 18, 1; l. 2 § 4 D. 41, 4; l. 35 D. 29, 1; l. 35 § 1 D. 18, 1; l. 43 § 9 D. 21, 1; l. 29 D. 28, 1; l. 2 D. 28, 3; l. 16 § 1 D. 28, 6; l. 35 D. 29, 1; l. 2 § 1 D. 29, 3; l. 18 D. 33, 2; l. 38 D. 40, 5; l. 38 pr. D. 40, 12; l. 2 § 4 D. 41, 4; l. 1 § 5 D. 43, 5; l. 2 § 1 D. 29, 3; l. 14 D. 46, 4; l. 115 pr. D. 45, 1; l. 44 § 2 D. 44, 7; l. 6 pr. D. 48, 10; l. 24 D. 36, 2; l. 32 D. 39, 6; l. 18 D. 33, 2; Mitteis, Röm. Privatrecht § 10 Note 31; die dort zitierte l. 63 D. 18, 1 halte ich für interpoliert: servo jusserit, worauf jussus erat folgt, cum potuit, eam, das sich auf rem beziehen soll. Schwerlich ganz echt ist auch die schon sprachlich anstößige

vollzogen[1]) bedeutet und nun auf einmal wie ein besonderer Fachausdruck auftritt, als ob er in einer gesetzlichen Anordnung über das periculum gegründet wäre. Und doch bedeutet dem Paulus der l. 43 § 9 D. 21, 1, der l. 2 § 4 D. 41, 4 und der l. 21 § 7 D. 50, 1[2]) emptio perfecta ebenso wie schon Julian in der l. 2 § 4 citata und dem unmittelbar folgenden § 1 unsrer l. 8 D. 18, 6[3]) nichts weiter als den rechtswirksam zustande gekommenen, insbesondere nicht aufschiebend bedingten, dem Ulpian der l. 15 § 6 D. 42, 1, den durch Zuschlag gegen Barzahlung vollzogenen Kauf, offenbar überall ohne die geringste Kenntnis einer technischen Sonderbedeutung des Terminus im Sinn der l. 8 pr. citata. Und nicht minder auffallend ist, daß der Paulus der l. 13 und 15 D. 18, 6 sowie der Sentenzen II 31, 17 bei Erwägung der Gefahrtragung beim Kauf von dieser wichtigen Voraussetzung der emptio perfecta überhaupt nichts verlauten läßt, obwohl doch ebenso die ganz allgemeine Fassung von sent. II 31, 17 wie die besonderen Kaufobjekte der l. 13 und 15 citatae zu der angeblich maßgeblichen Fragestellung, si id quod venierit appareat quid quale, quantum sit, sit et pretium et pure venit, hätten Anlaß geben können. Bekanntlich hat die Pandektenharmonistik gelegentlich die Entscheidungen der l. 13 und 15 D. 18, 6 mit der noch ausstehenden Messung der Quantitäten, so selbst bei den Betten (!) zu erklären gesucht. Girard[4]) verweist zu dem gleichen Zwecke auf das Erfordernis des signare trabes in l. 15 § 1, übersieht aber, daß für den Klassiker Paulus diese Signierung nur insofern von Bedeutung ist, als in ihr die allein maßgebliche Tradition gesehen werden kann, übrigens ganz entsprechend dem adnumeratum

---

(est sit abhängig von quaestionis est discedatur absolut gebraucht) weitschweifig triviale l. 2 pr. D. 18, 2.

[1]) So in l. 1 § 2 D. 2, 2; l. 9 § 3 D. 4, 2; l. 8 D. 18, 5; l. 5 pr. D. 24, 1 (donatio perficitur, der si quidem-Satz und alles von si vero an interpoliert?); l. 45 § 1 D. 17, 1 und in dem cincischen Terminus der donatio perfecta; l. 2 § 2; l. 34 pr.; l. 35 §§ 1 u. 2 D. 39, 5; l. 42 pr. D. 39, 6 (Mitteis S. 160); l. 1 § 2 D. 47, 11 (vom Delikt).

[2]) Ebenso Kaiser Sever in c. 1 C. 11, 32.

[3]) Mit der charakteristischen Begründung: quoniam certum sit eam contractam.

[4]) Manuel (5) p. 547 [3].

des Varro (d. r. r. II 2, 6) und der Erwägung des Trebaz, Labeo und Ulpian in l. 1 § 2 D. 18, 6.[1]) Ebenso denkt Ulpian in l. 15 § 6 D. 42, 1 mit den Worten cum semel emptio perfecta sit eiusque qui comparavit periculum vertatur, nur an die bereits geschehene Abwicklung des Vollstreckungskaufs durch Zuschlag und Besitzeinweisung, eine Erwägung, ob si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, ist ihm offenbar ganz fremd. Dieses merkwürdige Erfordernis erinnert an die Definition der stipulatio certa bei Gajus[2]) und Ulpian.[3]) Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantum sit ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi, modii centum, vini Campani optimi amphorae centum sagt Gajus. Aber bei Gajus und Ulpian muß der Gegenstand der Stipulation selbst in seinem quid quale quantum aus der Stipulation erhellen. Dagegen schweigt sich unsre l. 8 pr. citata darüber aus, aus welchen Umständen die Antwort auf diese Fragen „erhellt". Sie gibt auch nicht die geringste praktische Nutzanwendung für ihre Definition. Wir wären ratlos, wenn uns nicht der angebliche Gajus der l. 35 § 5—7 D. 18, 1 in praktischen Beispielen die Tragweite der unklaren Definition vermittelte. Danach ist der Kauf eines bestimmten Fasses Wein, falls der Preis nach Maß bestimmt ist, oder auch von 100 Litern aus einem bestimmten Faß noch nicht „perfekt", solange die Messung noch aussteht. Es kommt in Wirklichkeit gar nicht auf das objektive Feststehen des Kaufobjektes nach quid quale und quantum, sondern auf die Tatsache ordnungsmäßiger Partiefeststellung an, falls die Höhe des Preises von diesem quale oder quantum abhängt. Wie fremd den Klassikern solche Erwägung ist, wird später noch bei Erörterung der l. 35 citata zur Sprache kommen. Hinsichtlich der Mängel der Definition der l. 8 pr. D. 18, 6 sei hier weiter nur noch auf das sprachlich und sachlich gleich unmögliche sit et pretium, das subjektlose pure venit und den charakteristischen Tempus- und Moduswechsel venierit, appareat, sit, venit hingewiesen. In allem Folgenden wird von all diesen Voraussetzungen der Perfektheit nur die Bedingtheit bzw. Unbedingtheit des Kaufs behandelt, alles vorher Genannte

[1]) Siehe später S. 112. [2]) l. 74 D. 45, 1. [3]) l. 75 pr. D. 45, 1.

fällt unter den Tisch; sprachlich wirkt hier das vierfache quod si unerträglich.

Sachlich aber fällt im ganzen Fragment besonders auf, daß der Begriff des periculum weder definiert noch auch nur durch praktische Beispiele erläutert wird: Ein blutleeres Theorem, das so wichtig angekündigt wird, um dann im folgenden erst im Schlußsatz überhaupt zur Geltung zu kommen. Erst aus dem Schlußsatz kann notdürftig gefolgert werden, worin überhaupt das „periculum“ für den Käufer besteht: Nicht nur ohne Schadensersatz die Kaufsache zu verlieren, sondern trotzdem den Kaufpreis bezahlen zu müssen. Es ist klar, daß ein Klassiker zumal mit Rücksicht auf die damals wie heute fehlende eindeutige Terminologie[1]) diese praktische Bedeutung des so bombastisch angekündigten Problems zunächst betont hätte. Statt dessen wird uns im folgenden eine Vorlesung über den bedingten Kauf gehalten, wobei auch gelegentlich vom periculum die Rede ist.[2]) Die beiden ersten Sätze mit quodsi enthalten für Paulus unmögliche Trivialitäten, der zweite sagt nichts weiter, als daß der bedingte Kauf nach Eintritt der Bedingung wie ein unbedingter behandelt wird, nicht aber daß die Überwälzung der Gefahr dann rückwirkende Kraft habe[3]), wenn unterdessen die Kaufsache untergegangen ist. Wie präzis die Klassiker einen solchen Tatbestand bezeichnen, kann uns die insoweit echte l. 72 § 1 D. 46, 3 und l. 31 pr. D. 46, 2 im Schlußsatz lehren. Natürlich hat Paulus sich zur Stütze für die genannte Trivialität nicht auf 3 Gewährsmänner berufen, wohl aber ist denkbar, daß er die wichtige Frage hier behandelt hat, ob ebenso wie beim unbedingten Kauf (l. 13,

[1]) Wächter im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 15 S. 112 fg.; Hasse, Culpa 2. Auflage § 77. 78 S. 287 fg.; Pernice in Sav.-Zeitschr. 19, 135 zu Note 2; Rabel, Grundzüge S. 484 Note 2 Mitte.

[2]) Nichts entnehmen über das objektive Recht läßt sich aus der l. 10 D. 18, 6, die nur sagt, daß eine Abrede, nach der beim bedingten Kauf der Käufer die Gefahr tragen solle, nach der Ansicht des Ulpian gültig sei. Hingegen spricht die Fassung der Basiliken dafür, daß auch beim unbedingten Kauf die Gefahr des Käufers nur auf Abrede, nicht auf dem dispositiven Recht beruhte: *Δυνατὸν καὶ ἐπὶ τῆς αἱρετικῆς συμφωνεῖν τὸν ἀγοραστὴν ἐγκινδυνεύειν ἐπὶ τῇ φυλακῇ τοῦ πράγματος.* (Bas. 19, 6, 4; Heimbach II 281.)

[3]) Bechmann, Kauf II S. 398.

l. 15 D. 18, 6) auch schon während des Schwebens der aufschiebenden Bedingung die Übergabe der bedingt verkauften Sache den Übergang der Gefahr auf den Käufer herbeiführe, falls erst später der Eintritt der Bedingung erfolge. Nur so wird die besondere Betonung des klassisch anmutenden quod si pendente condicione res tradita sit verständlich. Wir wissen, daß gerade auch in dem Übergang der Gefahr[1]) die praktische Bedeutung der Julianischen Konstruktion der in diem addicto als eines resolutiv bedingten Kaufs begründet ist[2]), während für den aufschiebend bedingten Kauf der in unserer l. 8 pr. zitierte Pomponius auch sonst nach dem Bericht des Ulpian in der l. 4 pr. D. 18, 2 die später in der l. 8 auftauchende Möglichkeit der Usukapion und des Fruchterwerbs des Käufers geleugnet hat. Aus dem argumentum e contrario aus l. 2 § 1 und l. 3 D. 18, 2 können wir aber auch schließen, daß Julian und ihm folgend Paulus für den Fall aufschiebender Bedingung trotz erfolgter Tradition gelehrt haben, daß die Gefahr noch beim Verkäufer verbleibe, wie dies auch die herrschende Lehre[3]) für unser Gesetzbuch trotz 446 BGB. zu Recht annimmt. Was hingegen in unserer l. 8 pr. jetzt folgt, bringt zur Klärung des Gefahrproblems nichts bei: Die gewiß dem Klassiker gar nicht zweifelhafte Bindung der Erben[4]) an den bedingten Schuldvertrag mit der formell und sachlich anstößigen Begründung quasi iam contracta emptione in praeteritum, die es im Gegensatz zur klassischen Auffassung[5]) so darstellt, als werde an sich erst im Moment des Bedingungseintritts kontrahiert, erst recht aber nicht die Frage der

[1]) Aus dem gleichen Grund (l. 1 D. 18, 3) legt im Fall der lex commissoria Pomponius dem (besitzenden) Käufer die Gefahr auf: l. 2 i. f. D. 18, 3. Vgl. auch den Tatbestand von c. 3 C. 4, 54 und l. 20 D. 43, 26.

[2]) l. 2 § 1; l. 3; l. 4 pr. § 4 D. 18, 2; l. 2 § 2 u. 4 D. 41, 4.

[3]) v. Tuhr, Allg. Teil II 2 S. 296. Anders freilich Enneccerus § 326 [13] unter Berufung auf unsere l. 8 cit. Vgl. auch später S. 85 [1].

[4]) Vgl. etwa l. 57 D. 45, 1 (Julian); l. 24 D. 46, 2 (Pomponius). Die gegenteilige These Vassallis (bull. 27 p. 238 fg.) ist völlig unbegründet.

[5]) Siehe schon Pomponius in l. 40 D. 45, 3 und vor allem Paulus selbst in l. 78 D. 45, 1: Si filius familias sub condicione stipulatus emancipatus fuerit, deinde exstiterit condicio patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.

Ersitzungsmöglichkeit für den Käufer, falls pendente condicione ihm tradiert war. Erst im folgenden wird das periculum berührt, freilich eingekeilt in gänzlich fremdartige Betrachtungen: Was vom Preis bezahlt ist, wird zurückgefordert werden und(!) die Früchte der Zwischenzeit sind dem Verkäufer (ebenso wie Stipulationen und bedingte Legate vernichtet werden), wenn während Schwebens der Bedingung die Kaufsache untergeht. Rein formell ist hier anstößig der Tempuswechsel repetetur, suut, peremuntur. Sachlich kann Paulus nicht gesagt haben: Ebenso wie bedingte Stipulationen und Legate zusammenfallen, so gehören die Früchte dem Verkäufer. Was hat die Vernichtung obiger Schuldverhältnisse mit dem Eigentum an den Früchten zu schaffen? Und ferner, wie ist dies Eigentum des Verkäufers an den Früchten (im Gegensatz zu dem bloßen repetere des Kaufpreises) sachenrechtlich zu erklären, wenn, wie es nach dem unklaren Tatbestand scheint, der bedingte Kauf schon beiderseits durch Tradition der Kaufsache und Zahlung des Kaufpreises vollzogen war? Am seltsamsten aber berührt, daß hier als weitere Folge des Untergangs der Kaufsache beim Käufer pendente condicione schlechthin diesem ein Rückforderungsrecht hinsichtlich des Kaufpreises gegeben wird? Selbst für den Fall, daß dieser an dem Untergang Schuld trägt, oder schon Eigentümer der Kaufsache geworden war, wird keinerlei Ausnahme gemacht. Dieses repetetur erscheint zunächst mangels jeder Begründung als ein gesetzgeberischer Machtspruch, dessen ratio unverständlich ist. Aber der Vergleich mit dem Zusammenfallen der bedingten Stipulationen und Legate zeigt doch, daß hier ein allgemeiner Rechtsgedanke den Byzantinern vorschwebte, den wir dahin formulieren können, daß die Zerstörung des Schuldobjekts während Schwebens der Bedingung das bedingte Schuldverhältnis selbst vernichtet.

§ 6. Die byzantinische Lehre von dem Untergang des bedingten Schuldverhältnisses durch Zerstörung des Schuldgegenstands.

Schon aus dem kompilatorischen quasi jam contracta emptione in praeteritum der l. 8 pr. D. 18, 6 konnten wir

erschließen, daß im Gegensatz zur Auffassung der Klassiker nach der der Byzantiner das aufschiebbar bedingte Geschäft erst mit Eintritt der Bedingung überhaupt wirksam geschlossen werde, so daß die Voraussetzungen der Gültigkeit des Schuldvertrags sämtlich noch im Moment des Bedingungseintritts gegeben sein müssen. Geht somit die bedingt versprochene Sache vor Eintritt der Bedingung — aus welchem Grunde auch immer — unter, so kann nunmehr ein gültiger Schuldvertrag ebensowenig noch zustande kommen, wie wenn von vornherein eine nicht existierende Sache unbedingt versprochen worden wäre. Am klarsten erhellt dieser Standpunkt der Byzantiner aus der ihnen zugehörigen l. 10 § 5 D. 23, 3

Ulpianus libro trigesimo quarto ad Sabinum.

Inde quaeri potest, si ante nuptias mancipia aestimata deperierint, an mulieris damnum sit, et hoc consequens est dicere: Nam cum sit condicionalis venditio pendente autem condicione mors contingens exstinguat venditionem, consequens est dicere mulieri perisse, quia nondum erat impleta venditio, quia aestimatio venditio est.

Hier ist schon sprachlich anstößig das zweimalige consequens est dicere, auch das vorangehende hoc im ersten Fall, dann mors contingens, ferner perisse ohne Subjekt im accusativus cum infinitivo, schließlich das wiederholte quia. Sachlich ist das gegenüber dem echten § 4 nichtssagende Gestammel der beiden quia-Sätze gewiß nicht klassisch. Für uns kommt alles darauf an, daß der Tod der Mitgiftsklaven vor der Ehe den bedingten Verkauf an den Mann vernichten soll. Danach, ob die Sklaven dem Mann bereits übergeben waren und ob der Tod von ihm, dem bedingten Käufergläubiger, verschuldet war, wird nicht gefragt. Es ist bezeichnend, daß die Gemeinrechtler sich über diesen Machtspruch einfach hinweggesetzt haben, der in so unerträglicher Weise das bedingte Recht beider Vertragsparteien im gegenseitigen Vertrag schutzlos ließ.[1]) Wie wenig die Klassiker

[1]) Vgl. etwa Windscheid, Pandekten zu § 89 Note 5; Regelsberger § 155 I 1; Dernburg II § 96 Note 3 am Ende; Enneccerus, Rechtsgeschäft II S. 383 Note 2; vgl. freilich auch die der Auffassung der Kompilation mehr entsprechende Darstellung dieses Schriftstellers a. a. O. S. 375. — Für unser Recht gilt heute entsprechend der gemeinrechtlichen herrschenden Lehre § 160 B. G. B.; ferner §§ 323 fg., z. B. bei

daran dachten, jede Zerstörung des Schuldobjekts durch die Befreiung des bedingten Schuldners zu prämiieren, zeigt schon der energische Schutz, den sie gegen eine Verminderung der Haftungsobjekte auch zugunsten bedingter Gläubiger aufrichten. Die gegen die lex Aelia Sentia verstoßende Freilassung durch einen bedingten Schuldner ist zwar nicht schlechthin nichtig, verschafft dem Sklaven aber während des Schwebens der Bedingung nur Statulibertät, wie gerade Paulus in l. 16 § 4 D. 40, 9 entscheidet.[1])

Für die abweichende Auffassung der Kompilatoren dürfte der Umstand maßgebend gewesen sein, daß das ihnen geläufige griechische Privatrecht im gesamten Verlauf seiner Entwicklung[2]) einen mit obligatorischen Erfüllungsansprüchen ausgerüsteten Konsensualkauf überhaupt nicht gekannt hat, auch dann nicht, wenn eine Arrha gegeben war, sondern der Kauf ein Realgeschäft darstellte, in dem der Verkäufer gegen reelle oder fiktive Kaufpreiszahlung dem Käufer das Herrenrecht überließ. Dieser Zug um Zug sich abwickelnde Barkauf, der Kauf des griechischen Rechts, war selbstverständlich nach Zerstörung des Kaufobjekts nicht mehr möglich. Ein von der Fortexistenz der Kaufsache unabhängiger bedingter schuldrechtlicher Kauf war aber für die Griechen schwerlich faßbar. Denn eine fiktive Kaufpreisquittung unter Ausstellung einer Darlehnsschuldverschreibung in Höhe des dem Käufer zu kreditierenden Kaufpreises konnte zwar bei den Griechen einen Kreditkauf vermitteln, vertrug aber der Natur der Sache nach nicht die Beifügung einer Bedingung. So ließen die Byzantiner, wie die Abrede über Kaufsache und Preis, super facienda emptione zwischen dem qui vendere pollicitus est und dem qui emere pactus est[3]) nach ihrem Heimatrecht

schuldhafter Zerstörung oder Verschlechterung durch den bedingt berechtigten Käufer-Gläubiger § 324 I. Zutreffend v. Tuhr, Allg. Teil II 2 S. 295. 296. Hingegen stehen die Ausführungen von Enneccerus, Lehrbuch des bürgerl. Rechts II § 826 Note 13 noch ganz unter dem Einfluß der interpolierten l. 8 pr. D. 18, 6 und l. 10 § 5 D. 23, 3 und schwerlich in Einklang mit § 268 Note 1 daselbst.

[1]) Siehe auch l. 8 pr.; l. 16 § 2, l. 27 pr.; l. 29 § 1 D. 40, 9.

[2]) Vgl. später S. 172fg.

[3]) So bezeichnend Justinian in c. 17 § 2 C. 4, 21 vom Arrhalkauf. Vgl. Partsch, Gött. Gel. Anz. 1911 S. 728.

zusammenfiel, wenn die Kaufsache vor dem baren Vollzug unterging, in der Kompilation auch den ihrem Recht wesensfremden römischen bedingten Konsensualkauf zusammenfallen, wenn vor Eintritt der Bedingung die Kaufsache zerstört wurde.

So auch ist es zu erklären, daß sie im Fall der bedingten Novationsstipulation [1]) entsprechend entschieden haben, falls während Schwebens der Bedingung das Schuldobjekt unterging. Der klassische Standpunkt ergibt sich aus der im wesentlichen echten l. 31 pr. D. 46, 2

Venulejus libro tertio stipulationum.

> Si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eandem sub condicione [novandi animo] ab eodem stipuler, manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit, nisi si per promissorem steterit, quominus daret. Ideoque si hominem mihi dare te oporteat, et in mora fueris, quominus dares, etiam defuncto eo teneris: et si, priusquam decederet, cum iam mora facta sit, eundem a te sub condicione stipulatus fuero, et servus postea decesserit, deinde condicio exstiterit, [cum iam ex stipulatu obligatus es mihi] novatio quoque fiet.

Stirbt der geschuldete Sklave ohne Perpetuierung der Grundobligation vor Eintritt der Bedingung des Novationsversprechens, so erlischt die noch wirksame (Gajus III 179) Urschuld durch Untergang des Objekts, und aus demselben Grund kann die Novationsschuld auch bei Eintritt der Bedingung nicht ins Leben treten. Ganz anders aber, wenn nach Eintritt der Perpetuierung der Urschuld durch mora das bedingte Novationsversprechen erteilt, dann erst der Sklave stirbt und nun die Bedingung eintritt. Denn hier muß der bedingt Versprechende bei Eintritt der Bedingung sich gefallen lassen, daß auch die verschärfte Haftung durch Schuldnerverzug [2]) auf die Novationsschuld übergeht [3]) und somit der Untergang des Schuldobjekts weder während des Schwebens noch nach Eintritt der Bedingung die Novationsschuld vernichtet, vielmehr das volle Wirksamwerden des be-

---

[1]) Über die abstrakte Schuldverschreibung im Gewand des fiktiven *δάνειον* im griechischen Recht vgl. später S. 175 fg.

[2]) l. 23; l. 49 pr.; l. 82 § 1; l. 83 § 7 D. 45, 1.

[3]) l. 83 § 7; l. 91 § 6 D. 45, 1; l. 29 § 1 eodem.



dingten Versprechens bei Eintritt der Bedingung trotz Untergangs des Schuldobjekts die Novation zustande bringt. Solange also die Bedingung in der Schwebe ist, darf nach dem Tod des Sklaven der ego nicht etwa aus der perpetuierten Urschuld klagen — denn dazu bedürfte es der Gewißheit, daß dies bedingte Versprechen nicht mehr zur Wirksamkeit gelangen kann, wovon aber mit Rücksicht darauf, daß die bei Erteilung des bedingten Novationsversprechens schon gegebene Verzugswirkung auch die neue Schuld ergreift, keine Rede sein kann —, sondern die Geltendmachung der Urschuld bleibt hier bis zur Entscheidung über den Eintritt der Bedingung in der Schwebe.[1]) Tritt die Bedingung ein, so ist durch Novation die Urschuld erloschen und trotz Untergangs des Leistungsobjekts pendente condicione dies bedingte Novationsversprechen (aufs Interesse) wirksam geworden. Von der Lehre der l. 8 pr. D. 18, 6, nach der jede bedingte Obligation durch Untergang des Objekts pendente condicione notwendig erlösche, weiß Venulejus offenbar gar nichts. Die besondere Gestaltung des von ihm behandelten Schlußfalls, daß nämlich cum jam mora facta sit, eundem a te sub condicione stipulatus fuero, verlöre jedes Interesse, wenn auch die perpetuierte bedingte Schuld den Untergang des Objekts nicht überdauern könnte. Die Kompilatoren wollen, scheint es, mit dem sprachlich (cum causale mit Indikativ) und sachlich gleich anstößigen Cum-Satz diese hier gegebene Irrelevanz des Untergangs des Schuldobjekts als harmlos hinstellen: da du schon ex stipulatu verpflichtet bist. Dies müßte korrekt auf das Novationsversprechen bezogen werden, da der Tatbestand (hominem dare te oporteat) über die causa der Urschuld nichts sagt, worauf es aber hier schon wegen des jam nicht passen will, während es, auf die Urschuld bezogen, das Wirksamwerden des Novationsversprechens und damit die Novation selbst trotz Untergangs des Objekts nicht erklärt. Eine Bestätigung unseres Ergebnisses liefert die l. 14 pr. D. 46, 2

Ulpianus libro septimo disputationum.

Quotiens quod pure debetur, [novandi causa] sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum,

[1]) Gajus III 179; l. 36 D. 12, 1; l. 60 § 1 D. 12, 6; l. 83 D. 23, 3.

cum condicio exstiterit. Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore quo condicio impletur. Unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat.

Die Stelle trägt sprachlich durchaus das Gepräge der Echtheit. Nur das subest res im Sinn von: „Die Sache ist vorhanden", ist verdächtig, weil die Byzantiner gern auf den Sklaven mit res Bezug nehmen und weil subesse im Sinn von vorhandensein sich nur dies eine Mal in den Digesten findet, wohl aber an das griechische *ὑπάρχειν* erinnert [1]), während es im guten Latein und in allen unverdächtigen Digestenstellen [2]) zugrund liegen bedeutet. Aber auch sachlich sind abgesehen von dem novandi causa nur diese Worte anstößig. Denn gerade aus der l. 31 citata und dem Schlußsatz unserer Stelle wissen wir, daß nicht der Untergang des Schuldobjekts an sich genommen, sondern dieser Umstand in Verbindung mit dem Mangel einer Verschärfung der Haftung durch mora die Vernichtung der Urschuld herbeiführt und damit der Novation die Basis entzieht. Wenn es nur auf das Vorhandenbleiben des Objekts bis zum Eintritt der Bedingung ankäme, wie uns das non subest res will glauben machen, so wäre der Anschluß mit unde an den schon wegen seiner sprachlichen Prägnanz zweifellos echten Schlußsatz [3])

[1]) Diese Bemerkung verdanke ich einem gütigen Hinweis von Ludwig Mitteis.

[2]) Vgl. z. B. subest causa bei Ulpian in l. 17 pr. i. f. D. 1, 7; l. 7 §§ 2. u. 4 D. 2, 14 und bei Paulus in l. 2 D. 41, 4; l. 4 D. 41, 8; obligatio: l. 8 § 3 D. 46, 1 (Ulp.); lis: l. 11 D. 2, 15 (Ulp.); suspicio: l. 14 D. 1, 18 (Marc Aurel); quaestio: l. 88 D. 46, 3 (Tryph., ähnlich derselbe in l. 80 § 6 i. f. D. 36, 1). Hingegen ist die letzte Stelle nach dem Index, nämlich das illud adhuc subest in der l. 36 D. 23, 3 schwer verdächtig; denn die ganze folgende triviale Fragestellung mit dem doppelten gesagten und ein drittes Mal zu ergänzenden unklaren id factum sit bzw. est (was denn? die expromissio oder auch die acceptilatio?) erledigt sich schon durch den echten und klaren (mulier und vir) Tatbestand bis fecit und stammt ebensowenig von Ulpian wie das objektlose perdit, das das jussu mulieris im Tatbestand nicht beachtet und durch die sachlich echte l. 38 eodem korrigiert wird.

[3]) Die gegenteilige Annahme Vassallis (bull. 27, 222) ist völlig haltlos.

völlig unverständlich, der überhaupt nur die Frage des Schuldnerverzugs behandelt. Dieser Zusammenhang besteht eben offenbar darin, daß in dem auch von dem Zeitgenossen des Venulejus Marcell behandelten Schlußfall falls und solange Schuldnerverzug und damit Perpetuierung der Schuld besteht, der Tod des geschuldeten Sklaven weder die Urschuld zum Erlöschen bringt, noch das Wirksamwerden der mit der gleichen Haftungsverschärfung ausgerüsteten Novationsschuld hindert. Diese Sondermeinung des Marcell, nach der die Entgegennahme des bedingten Novationsversprechens einen schon vorhandenen Leistungsverzug purgiert, verlöre jede praktische Bedeutung, wenn das non subest res eo tempore quo condicio impletur wirklich ausschlaggebend wäre. Die Meinungsverschiedenheit zwischen Venulejus und Marcell besteht also nicht hinsichtlich der Bedeutung oder vielmehr der Bedeutungslosigkeit des Untergangs des Leistungsobjekts, falls die bedingte Schuld perpetuiert ist, sondern nur über die Voraussetzungen der purgatio morae und damit die Fortdauer der Perpetuierung von Urschuld und Novationsversprechen.[1])

[1]) Ulpian nimmt in der l. 14 pr. zu der Frage keine eigene Stellung; aus dem Schweigen vom bedingten Novationsversprechen in der l. 8 pr. D. 46, 2 dürfen wir vermuten, daß er dem Marcell nicht beitrat. l. 56 § 8 D. 45, 1 gehört nicht hierher, denn hier tritt der Verzug bei der Urschuld erst nach Erteilung des bedingten Novationsversprechens ein, wohl aber behandelt unser Problem die l. 72 §§ 1—3 D. 46, 3. Im § 1 ist der Tatbestand echt, aber lückenhaft, da der Eintritt der Bedingung nicht vermerkt ist (anders der echte Venulejus der l. 31 pr. cit.). Unecht ist ferner der anstatt einer Begründung das gewünschte Ergebnis täppisch vorwegnehmende quia-Satz. Formell anstößig ist im Folgenden das in promptum der Florentina und contradictio = Einwurf als ἓν λεγόμενον. Sachlich kann ein Marcell es unmöglich für sonnenklar erklärt haben, daß jede Säumnis aufhört, wenn der morose Schuldner sich herbeiläßt, bedingt zu versprechen, was er sofort zu leisten zu Unrecht gezögert hat. Dieselbe Skepsis ist am Platz, wenn der nam-Satz und der § 2 und 3 gleich, als wäre dieses selbstverständlich, das b e d i n g t e Leistungsversprechen mit einem Realerbieten verselbigt. Über die unendlich törichte Ausnahme, die der § 3 von dieser merkwürdigen These und der Folgerung, nämlich, daß schon der A b s c h l u ß der bedingten Novationsstipulation (ohne Eintritt der Bedingung) den Dieb von der Haftung aus condictio furtiva befreit, macht, ist kein Wort zu verlieren. Mit ihr wußte selbst die überall gläubige Pandektenharmonistik nichts anzufangen. Vgl. etwa

Alle Unstimmigkeiten verschwinden, wenn wir im zweiten Satz unserer Stelle statt res obligatio lesen. Dann ist sprachlich und sachlich alles einwandfrei und der natürliche Zusammenhang zur Schlußfrage hergestellt. Nicht das Bestehenbleiben der geschuldeten Sache, sondern der zu novierenden Grundobligation bis zum Bedingungseintritt ist notwendige Voraussetzung der Novation. Diese kann aber trotz Untergangs des Objekts nur erfolgen, wenn der Leistungsverzug bei der Urschuld fortdauert, damit auch die Novationsobligation ergreift und gegen die rechtshemmenden Wirkungen der Objektszerstörung immun macht. Statt dessen schieben die Byzantiner durch eine harmlos erscheinende Änderung ihre uns aus der l. 8 pr. D. 18, 6 her bekannte Lehre ein, daß die Vernichtung des Schuldobjekts notwendig die bedingte Obligation vernichtet.

Diese Lehre treffen wir schließlich auch in der schwierigen und seit alters umstrittenen[1]) l. 56 § 8 D. 45, 1 wieder.

Julianus libro quinquagensimo secundo digestorum.

Si hominem quem a Titio pure stipulatus fueram, Sejus mihi sub condicione promiserit et is pendente condicione post moram Titii decesserit, confestim cum Titio agere potero, nec Sejus existente condicione obligetur. At si Titio acceptum fecissem, Sejus existente condicione obligari potest. Idcirco haec tam varie, quod homine mortuo desinit esse res, in quam Sejus obligaretur: acceptilatione interposita superest homo quem Sejus promiserat.

Hier ist der Tatbestand und die Entscheidung bis potero in keiner Weise zu beanstanden. Anders wie in den beiden vorangegangenen Stellen tritt hier nach den klaren Worten des Klassikers, die die Pandektenharmonistik[1]) vergeblich umzubiegen gesucht hat, der Verzug bei der Urschuld erst nach Erteilung des bedingten Novationsversprechens ein, welches letztere zwar nach den bekannten Grundsätzen Ja-

Römer, Bedingte Novation (1863) S. 176 fg., bes. 212 fg. mit ausführlichen Literaturnachweisen; Salkowski, Novation (1866) S. 467 fg.; Vangerow III § 619 Anm. 1.

[1]) Vgl. Römer a. a. O. S. 185 fg. 232 fg.; Salkowski a. a. O. S. 462 fg.; Vangerow a. a. O. III S. 673 mit ausführlichen Literaturnachweisen.

volens, des Lehrers Julians, die Geltendmachung der Urschuld bis zur Entscheidung über das Wirksamwerden der Novationsstipulation hinausschiebt[1]), nach der in der nota Scaevolae in l. 54 D. 2, 14 getadelten Auffassung Julians aber den Eintritt des Schuldnerverzugs nicht ausschließt.[2]) Dieser Verzug ergreift aber hier nicht die bedingte Novationsstipulation. Vielmehr schließt hier nach der Auffassung des Klassikers der Untergang des Leistungsobjekts pendente condicione das Wirksamwerden der Novationsschuld aus, sonst wäre das confestim cum Titio agere potero unverständlich. Wäre hier auch die bedingte Novationsschuld perpetuiert, so dürfte der ego, solange die Bedingung schwebt, noch nicht gegen den Urschuldner klagen, sondern müßte erst die Entscheidung über den Bedingungseintritt abwarten. So aber steht fest, daß der Sejus auf keinen Fall mehr verpflichtet werden kann. Hier ist im Text nur der conjunctivus praesentis obligetur anstößig. Man erwartet das später folgende obligari potest. Sehr viel schlimmer aber ist sachlich der dazwischenliegende at-Satz. Wenn der ego dem Titius die Schuld erläßt, so kann der Sejus noch bei Bedingungseintritt verpflichtet werden. Ob der Sklave hier am Leben bleibt, darüber wird nichts gesagt, das erfahren wir erst aus den nichtssagenden Entscheidungsgründen zum Schluß. Sehr viel schlimmer ist, daß dies Überleben des Sklaven — der Ausdruck superesse mit Hinblick auf nichts weiter als den geschehenen Erlaß ist höchst unglücklich — als der einzige Grund für die Möglichkeit des Wirksamwerdens der Novationsschuld hingestellt wird, wobei doch mit Händen zu greifen ist, daß der Tod des homo doch eben noch die Klage gegen den Titius nicht hinderte, daß es also auf das superesse des homo oder das desinit esse res, in quam (? man erwartet etwa ad quam praestandam) Seius obligaretur (weshalb Konjunktiv?) gerade nicht ankam. Der Klassiker kann doch gar nicht anders als das Bestehenbleiben der Urschuld trotz des Todes des Sklaven uno die Vernichtung der bedingten Novationsschuld eben hier-

[1]) l. 86 i. f.; l. 83 D. 23, 3; l. 86 D. 12, 1.

[2]) Durch diese Erwägung erledigen sich alle die gequälten Erklärungsversuche der unhistorischen Pandektenharmonistik, die man bei Römer nachlesen kann.

durch als Wirkungen des gegebenen beziehungsweise fehlenden Schuldnerverzugs hingestellt haben, wovon aber die Stelle nicht das mindeste verlauten läßt. Nicht minder verwunderlich ist aber überhaupt die Gegenüberstellung des Todes des Sklaven und des Erlasses der Urschuld. Was hat die Relevanz des Untergangs des Schuldobjekts für das Wirksamwerden der Novationsschuld mit der Irrelevanz des Erlasses der Urschuld zu tun? Für beides wird im Schlußsatz eine offenbar falsche Begründung gegeben, aber die Behauptung, daß der Erlaß der Urschuld den Eintritt der Novationsschuld nicht hindere, ist auch an sich höchst befremdlich, denn der Erlaß entzieht doch der Novationsstipulation schon pendente condicione ihre in der Urschuld gelegene Basis. Solches Bedenken kann doch nicht einfach durch die nach allem Vorangegangenen sinnlose Bemerkung aus dem Weg geräumt werden, daß hier der Sklave noch am Leben sei. Die Erklärung des Donnell, daß diese acceptilatio gemäß l. 12 D. 46, 4 unwirksam sei, weil sie eine nach l. 36 D. 12, 1 bedingte Urschuld betreffe, deren Bedingung durch das Wirksamwerden der bedingten Novationsschuld ausfalle, übersieht, daß nach der Auffassung Javolens die Urschuld nur g l e i c h s a m wie eine bedingte Schuld behandelt werden, aber sicher nicht einem Erlaß pendente condicione unzugänglich sein soll, und daß ferner die Stelle von einem solchen Entscheidungsgrund, der ja auch jede Parallele zwischen dem unwirksam werdenden Erlaß und dem Tod des Sklaven von vornherein sinnlos machte, auch nicht die geringste Andeutung macht. Die wirklich gegebene Begründung für die Verschiedenheit der Entscheidung ist vielmehr so sinn- und haltlos und gewährt vor allem auch keinerlei Anhalt für ein tertium comparationis zwischen den beiden in Parallele gesetzten Tatbeständen, daß niemand an der heillosen Überarbeitung der Stelle von at si zweifeln sollte. Ohne alle Rücksicht auf die einfachsten Regeln der Logik wollen hier die Byzantiner ihr uns aus der l. 8 pr. D. 18, 6; l. 10 § 5 D. 23, 3 und l. 14 pr. D. 46, 2 sattsam bekanntes Dogma einschärfen, daß ohne Fortbestand des Schuldobjekts eine bedingte Obligation nicht wirksam werden kann.

Diese bisher nicht beachtete Lehre der Byzantiner be-

ruht, soweit ich habe ermitteln können, nicht auf philosophischen Schulmeinungen, sondern auf der in griechischen Rechtsgedanken wurzelnden Grundanschauung, daß die allgemeinen Voraussetzungen der Gültigkeit des bedingten Schuldvertrags noch im Moment des Bedingungseintritts gegeben sein müssen, daß das bedingte Rechtsgeschäft im Grund erst in diesem Zeitpunkt gültig geschlossen werde.

Auch in der stark interpolierten l. 72 D. 46, 1 ist dieser Gedanke der Byzantiner noch zu erkennen.

Gajus libro tertio de verborum obligationibus.

Si [fideiussori] ⟨sponsori⟩ [1]) sub condicione obligato si navis ex Asia venerit [quem sub hoc modo accepi ut usque ad tempus vitae suae dumtaxat obligaretur], pendente condicione acceptum latum fuerit, et is [fideiussor] adhuc pendente condicione mortuus fuerit: confestim a reo petere possum [quia existens condicio neque obligationem in personam jam mortui efficere neque acceptilationem confirmare possit].

Mit dem Tod des sponsor (Gajus III 120) pendente condicione steht fest, daß seine Verbindlichkeit nicht wirksam werden und damit auch die hiervon in ihrer Gültigkeit abhängige acceptilatio [2]) nicht in Kraft treten und somit auch die Hauptschuld nicht zerstören kann.[3]) Es ist kaum ein Zweifel, daß Gajus also das confestim a reo petere possum begründet hat, denn bis zum Tod des sponsor war die Wirksamkeit der acceptilatio in der Schwebe, worauf sich auch der reus berufen dürfte. Hingegen ist das neque obligationem efficere in personam (!) jam mortui mit dem unmotivierten conjunctivus possit nach possum und quia nicht nur dem Stil des Gajus widersprechend, sondern die Koordinierung dieser Erwägung mit der anderen der Unmöglichkeit der Bekräftigung der acceptilatio durch neque neque völlig unlogisch. Denn maßgeblich ist selbstverständlich nicht der Nichteintritt der obligatio in der Person des bedingten sponsor, sondern nur der dadurch bedingte Ausschluß des Wirksamwerdens der an sich objektiv wirkenden acceptilatio. Denn nur sie konnte der Urschuld etwas anhaben. Die Byzantiner wollen,

---

[1]) Gajus 521 Lenel. [2]) l. 12 D. 46, 4. [3]) l. 13 § 7 D. 46, 4.

scheint es, dagegen die allgemeine These andeuten, daß der bedingte Schuldner den Eintritt der aufschiebenden Bedingung bei Meidung der Nichtigkeit der Obligation erleben muß.

Dieser Gedanke ist den Klassikern ebenso fremd wie der damit verwandte gleichfalls in den Digesten sich findende, daß das bedingte Verfügungsgeschäft mangels Mitwirkung des Erben zusammenfalle, wenn der Verfügende pendente condicione versterbe. Auch hier spielt offenbar die Vorstellung mit, daß die Voraussetzungen der Gültigkeit im Moment des Eintritts der Bedingung gegeben sein müssen.[1])

Der klassische Standpunkt ergibt sich aus der nach Form[2]) und Inhalt zweifellos echten l. 2 § 5 D. 39, 5

Julianus libro sexagensimo digestorum.

Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione ea tamen condicione, ut tunc demum mei furit cum Sejus consul factus esset, sive furente eo sive mortuo Sejus consulatum adeptus fuerit, mea fiet.

Ganz anders die l. 9 § 1 D. 23, 3:

Ulpianus libro trigesimo primo ad Sabinum.

Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant, [Et vereor ne non possint in dominio eius effici cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum et cum sequitur condicio nuptiarum, jam heredis

[1]) Auch das Reichsgericht vertritt gelegentlich hinsichtlich der aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung (z. B. nach 455 BGB.) den byzantinischen Gedanken, daß der Wille dessen, der bedingt verfügt hat, noch im Moment des Bedingungseintritts auf Eigentumsübertragung gerichtet sein müsse, was dem klassischen Recht der l. 2 § 5 D. 39, 5 ebenso wie dem § 158 BGB. widerstreitet. Vgl. RG. Bd. 64, S. 206—207 und allerjüngstens wieder völlig Bd. 95 S. 107. Richtig dagegen z. B. Bd. 66 S. 349.

[2]) Solche Prägnanz der Sprache stand den Byzantinern nicht zur Verfügung. Auch sachlich ist nichts zu beanstanden. Trotzdem vermuten Enneccerus, Rechtsgeschäft II S. 481 und Ferrini, Pandette (1908) Ziff. 147 Note 2 p. 194 Interpolation. Hiergegen Mitteis, Röm. Privatrecht S. 169 Note 6 a. E. Gegen ihn neuestens Vassalli, Bull. 27 p. 205 fg., der vor fiet ein non einfügen will ohne genügenden Grund, denn die itp. l. 111 § 7 D. 24, 1 und die keineswegs nur zum Schluß überarbeitete l. 8 § 2 D. 33, 5 beweisen nichts.

dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est. Sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire si quod defunctus fecit aut si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso jure transferri, ne mulier maneat indotata.]

„Die aufliegende Interpolation sed benignius — indotata“ [1]) hat schon Anton Faber [2]) richtig erkannt. Aber um so zweifelloser ist ihm die Klassizität des Vorangehenden: Quae ratio tam aperta est et vera ut convelli nullo modo possit. [3]) Erst Mitteis hat neuerdings die ganze Stelle für heillos entstellt erklärt und mit Recht auf das „sehr verdächtige“ in dominio effici hingewiesen. [1]) In der Tat läßt sich die Unechtheit des vereor-Satzes, auf den es in unserem Zusammenhang allein ankommt, ebenso sicher wie die des Schlußsatzes dartun. [4]) Mehr formelle Anstände sind außer dem unmöglichen in dominio effici, incipiat nach quia, ferner incipiat discedere; beginnt abzugehen (von dem echten und logischen incipiant dotis esse abgeschrieben): ab eo qui dedit, während doch der Geber mit ego eingeführt ist; donatio für die — ob mittelbar oder unmittelbar erfolgt, erfahren wir nicht — allein vorher erörterte Zuwendung der Sachen an den Mann dotis causa [5]), condicio nuptiarum soll heißen die im Eheschluß liegende Bedingung der Dotalzuwendung; zu jam dominium est fehlt das Subjekt, schließlich das nochmals zweifache dominium a quo dominium (discedit), die Inversion discedere rerum non posse dominium. Sachlich ist es ganz unmöglich, daß Ulpian nach der zweifellosen gegenteiligen Stellungnahme

[1]) Mitteis a. a. O. Jetzt will Perozzi nach einer Bemerkung von Vassalli (bull. 27, 268) den Satz durch Streichen der Worte in dominio „heilen“, aber wird damit auch das nun einmal vorhandene Kennzeichen der Unechtheit beseitigt?

[2]) Conjectuarum lib. 8 cap. 9.

[3]) Ebenso spricht Eisele, Sav.-Zeitschr. 13, 126 noch von der dem unechten Schlußsatz „vorausgegangenen juristisch korrekten Erörterung“.

[4]) Bei der Revision kann noch vermerkt werden, daß Vassalli, Bull. 27 p. 264 den Teil von quia bis dedit (nur wegen des conjunctivus nach quia) und a quo discedere — indotata für unecht erklärt.

[5]) l. 21 § 1 D. 24, 1 (Ulpian); l. 19 D. 44, 7 (Julian); l. 8 § 13 D. 20, 6 (Marcian).

des Julian „Furcht“ geäußert habe, es könne der Ehemann nicht mehr Eigentümer werden, und „zugestanden“ habe, mit einer so fadenscheinigen, die Julianische Lehre völlig ignorierenden Begründung, daß der Erbe des bedingt Verfügenden wider Willen sein Eigentum nicht einbüßen könne. Nach der Darstellung der Basiliken[1]) dürfen wir vermuten, daß der angebliche Widerstreit zwischen den Klassikern gar nicht bestand, vielmehr Ulpian den ganz anders gelagerten Fall einer Hingabe einer Sache an einen Boten[2]) des Schenkers, der erst nach dessen Tod seinen Auftrag, die Sache dem zu beschenkenden Dritten auszuhändigen, ausführte, behandelt hat:

Τὸ ἐπὶ αἱρέσει παραδοθέν σοι παρ' ἐμοῦ, κἂν μετὰ θάνατόν μοι ἐκβῇ ἡ αἵρεσις, σὸν γίνεται· οὐ μὴν τὸ π ε μ φ θ έ ν σ ο ι π α ρ' ἐ μ ο ῦ κ α ὶ *μὴ* ἀ π ο δ ο θ ὲ ν ζ ῶ ν τ ό ς μ ο υ.

Da hier der Geber vor seinem Tod auch nicht einmal bedingt das Eigentum übertragen hatte, so konnte ein Eigentumswechsel zugunsten des Drittempfängers nach seinem Ableben freilich nicht ohne den Willen seiner Erben stattfinden, wie ganz entsprechend dem klassischen Recht und den Basiliken neuerdings noch das Reichsgericht[3]) in einem entsprechenden Fall entschieden hat.

Beruht das Verbleiben des periculum interitus beim Verkäufer im Fall des bedingten Kaufs auf der byzantinischen Lehre, daß dieser Untergang des Kaufobjekts pendente condicione den Kaufvertrag nichtig mache, so ist ohne weiteres klar, weshalb es im Fall bloßer Verschlechterung beim neuen Grundsatz verbleiben darf: Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris. In diesem Schlußsatz der l. 8 pr. D. 18, 6 fällt formell auf das Fehlen einer Wendung wie si condicio exstiterit und der Mangel des Subjekts zu damnum esse. Natürlich kann grammatisch korrekt nur der Inhalt des si-Satzes, nämlich extet res (nicht etwa das Einschiebsel licet für sich genommen) ergänzt

---

[1]) 47, 1, 2 (Heimbach 4, 564—565) nebst den Scholien 3—5.

[2]) Aber keine mancipatio fiduciae causa, wie Mitteis a. a. O. vermutet, denn hier bestände das dingliche Problem gar nicht, da der Fiduziar nach außen auch nach dem Tod des Fiduzianten zur Weitergabe an den Dritten legitimiert wäre.

[3]) Bd. 83 S. 223 fg.

werden, was aber gewiß kein damnum emptoris darstellt. Noch schlimmer ist, daß die Byzantiner gar keinen Sinn für die sachliche Ungeheuerlichkeit ihrer Unterscheidung haben, die sie ja gar nicht versuchen aus dem quidquid der bonae fidei-Formel oder dem Wesen des Kaufs abzuleiten, weil sie sich eben nur als die unglückliche Folge jener Irrlehre von der schlechthinnigen Vernichtung des Geschäfts durch den Untergang der Kaufsache pendente condicione ergibt: Kaufe ich unter Suspensivbedingung ein Pferd, so muß ich es bezahlen, wenn es während Schwebens der Bedingung ohne Verschulden des Verkäufers erblindet, ich bin aber frei, wenn es zur gleichen Zeit durch Zufall krepiert. Das erinnert an die barbarischen Distinktionen Tribonians in der l. 57 D. 18, 1; für die das quidquid der Formel meisterhaft beherrschenden Klassiker ist es völlig unmöglich. Ergibt sich doch aus den Trümmern der l. 58 D. 18, 1, daß schon Papinian die Interessenlage des Käufers den „Vertragszweck" darüber entscheiden läßt, ob bloße Verschlechterung nicht der Zerstörung des Kaufobjekts gleichzusetzen ist.[1]) Und ebenso wissen die Klassiker bei Erläuterung der actio commodati in factum concepta durch den Grundsatz res non reddita quae deterior reddita[2]) zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen. Daß gerade Papinian ein allgemeiner Rechtssatz, wonach der Käufer beim bedingten Kauf pendente condicione jedes periculum deteriorationis zu tragen habe, unbekannt war, legt auch sein Ausspruch in fragmenta Vaticana 16 (Pap. 482 Lenel) nahe.

Papinianus libro 3 responsorum.

Vino mutato periculum emptorem spectat, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis impletam id evenerit.[3])

Der Käufer trägt die Gefahr des natürlichen Verderbs, soweit er nicht durch den Vorbehalt der degustatio[4]) oder

---

[1]) Meine Haftung des Verkäufers S. 41. 68.

[2]) l. 3 § 1 D. 13, 6 (Ulp. Len. 800).

[3]) Vassalli (bull. 27, 218) freilich will hier das quamvis — evenerit als non degno di un maestro del diritto streichen — unter Berufung auf C. 4, 48, 2, 1 und 4, 49, 12; ferner D. 18, 1, 35, 5; die sämtlich unecht sind. Vgl. später.

[4]) Cato, De agricultura 148.

sonstige Abrede, z. B. die Catonische[1]) quod neque aceat neque muceat id dabitur oder exceptis acidis et mucidis[2]) sich geschützt hat. Das wird wohl auf alte Usancen beim Weinhandel zurückgehen, nach denen die Verkäufer sich ursprünglich ausbedangen, daß sie nach der üblichen degustatio bis zur Empfangnahme des Weins durch den Käufer die besondere Gefahr des Umschlagens des jungen Weins nicht zu tragen hatten, ein Vorbehalt, der dann später wohl zu ihren Gunsten aus der bonae fidei-Natur des Kaufs subintellegiert[3]) wurde. Jedenfalls wäre der Ausspruch Papinians vom Standpunkt der allgemeinen These der l. 8 pr. i. f. D. 18, 6 unverständlich.

§ 7. Emptio perfecta nach der l. 35 §§ 5—7 D. 18, 1, insbesondere beim Weinkauf.

Die nähere Erläuterung dessen, was die Byzantiner unter emptio perfecta verstanden wissen wollten, gewährt uns aber die l. 35 § 5—7 D. 18, 1:

Gaius libro decimo ad edictum provinciale.

In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit videatur perfecta venditio, modo ut etiamsi de pretio convenerit non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratave sint. nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum quantumcumque esset uno pretio venierit, idem juris est quod in ceteris rebus. quod si vinum ita venierit ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum ut in singulos modios, item argentum ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici. quod similiter scilicet quaeritur et de his quae numero

---

[1]) Cato de agricultura 148. [2]) l. 6 D. 18, 6.

[3]) Ganz anders Schulz, Kr. V.-Schr. 1912 S. 71: „Beim Kauf einer individuellen Quantität Wein geht mit Abschluß des Geschäfts auf den Käufer die Gefahr der chemischen Verschlechterung über, denn das ist höhere Gewalt, vergleichbar etwa dem natürlichen Tod von Sklaven und Vieh, wofür der Verkäufer nicht einsteht." Dazu custodia S. 201 fg. 254 fg. und später S. 1[illegible]8 fg.

constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris. 6. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit: si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus. 7. Sed et si ex doleario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere: nec interest unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit an in singulos eos.

Die Stelle ist ihrem ganzen Umfang nach heillos interpoliert. Zahllos sind die sprachlichen Anstände, die allein schon die Autorschaft des Gajus ausschließen. Ich hebe einiges hervor. Zu ceteris fehlt das Prädikat; das zweite modo steht in der Luft; das zweimalige videatur perfecta venditio; zu dem quam si fehlt das Subjekt; das Passivum des Deponens admetiri (das im Griechischen von dem Transitivum *μετρέω* ganz gewöhnlich ist) begegnet bei guten nichtjuristischen Schriftstellern nirgends[1]), in der Kompilation nur in verdächtigen Stellen[2]); das sinnlose uno pretio quantum-

[1]) Nach dem Thesaurus linguae Latinae s. h. verbo findet sich die passivische Form von admetiri vor dem vierten Jahrhundert überhaupt nicht, außer in den in Note 2 angeführten verdächtigen Stellen der Digesten, im vierten Jahrhundert nur einmal bei Nonius Marcellus, De comp. doctr. VI p. 464 M (quod non numerantur sed admetiuntur; der Vulgarismus ist hier hervorgerufen durch das vorangehende numerantur), sonst erst im fünften Jahrhundert bei Martianus Capella. Von metior wird hingegen das participium mensus auch passivisch selbst bei Cicero gebraucht (De natura deorum II 69). Es ist dieselbe Verschiedenheit im Gebrauch zwischen simplex und compositum, wie sie Varro von sentio und adsentior nach Gellius II 25, 9 hervorhebt.

[2]) Voc. jurisp. Rom. I 227. Die Unechtheit sämtlicher dort genannten Stellen wird noch erörtert werden; nämlich über l. 1 § 1 D. 18, 6 (admetiatur) siehe unten S. 112, über l. 1 § 3 eodem (admensum est) daselbst Note 8, über l. 5 eodem (2 mal admensum est, admetiatur) S. 116, über l. 36 D. 19, 2 (ebenfalls admensum sit und admetiatur) S. 162 fg.

cumque esset anstatt per aversionem[1]), singulos metretas wegen des griechischen ὁ μετρητής; cum adnumerata, wobei wiederum passivisch admensa ohne Subjekt, noch einmal singulos metretas; der nach fieri folgende ut-Satz bricht ohne jedes Prädikat ab; universaliter uno (!), pretio, perfecta videtur, obwohl nur grex vorangeht; eadem erunt quae tractavimus; verissimum est quod et constare videtur; zu dem scheinbar ein drittes Mal — obwohl admensus eris vorangeht — passivisch gebrauchten admetiatur fehlt das Subjekt; sodann der fürchterliche Schluß: unum pretium omnium centum metretarum in semel[2]) dictum sit an in singulos eos (! nämlich metretas).

Diesen sprachlichen Unmöglichkeiten entsprechen die sachlichen. Der § 5 belehrt uns zunächst, daß bei den nach Gewicht, Zahl oder Maß bestimmten Sachen bald der Kauf perfekt sei, simul atque de pretio convenerit, bald nur, wenn die Sachen zugemessen, zugewogen, zugezählt sind. Erst der zweite Satz gibt mit nam und zwar stets ohne den Schatten einer Begründung bekannt, beim Preis in Bausch und Bogen trete wie gewöhnlich sofortige Perfektion ein. Der dritte und vierte Satz fragt nur, wann sonst Perfektion einträte, sagt

---

Eine Ausnahme bildet die m. E. nicht zu verdächtigende l. 40 § 2 D. 18, 1 von Paulus. Aber hier ist wohl statt admensum erit admensus erit zu lesen. Dies braucht nicht aus eius verdorben zu sein, welches Wort im Text ohne Schaden fehlen könnte, sondern könnte als ēsus eine Schreiberkorrektur zu dem vom Schreiber ursprünglich irrtümlich gesetzten admensum gedacht gewesen und dann später bei weiterer Abschrift als selbständiges Wort irrtümlich in den Text aufgenommen worden sein. So liest ja auch Keil bei Cato, De agricultura cap. 148 jetzt admensus erit anstatt admensum erit. Auch gebraucht Paulus kurz zuvor im principium der l. 40 metiri und admetiri stets korrekt als Deponens.

[1]) Denn wenn Wein oder sonstige Fungibilien, wieviel es auch sein mag, verkauft werden, so ist unum pretium selbstverständlich, mag auch der Preis nach Maßeinheiten ausgeworfen sein. Hingegen hat die Hervorhebung guten Sinn, wenn mehrere species verkauft werden. Vgl. die echten l. 36 D. 21, 1: Si plura mancipia uno pretio venierint; l. 38 § 14 eodem: si quattuor mulae uno pretio venierint und weiter pluribus hominibus uno pretio distractis.

[2]) in semel bereits beanstandet von Grupe, Sav.-Zeitschr. 17, 319, aber verteidigt mit Rücksicht auf sein Vorkommen bei Florus von Kalb, Jagd nach Interpolationen S. 18.

also nicht nur nichts Neues, sondern ignoriert sogar die schon im ersten Satz vorweggenommene Antwort: si admensa adpensa adnumeratave sint. Erst der fünfte Satz wiederholt dies als die Meinung des Sabinus und Cassius, weil der Kauf gleichsam unter der Bedingung[1]) abgeschlossen sei, daß — wir können nur raten: das Quantum der Kaufsache und damit auch des Kaufpreises im ganzen festgestellt werde. Im § 6 wird ebendieses höchst überflüssigerweise für den Fall des Herdenkaufs noch einmal gesagt. Über die praktische Tragweite der mangelnden Perfektion verrät auch das praktische Beispiel kein Sterbenswörtchen. Nur so viel steht fest: Wenn ich ein Faß Wein für 1000 kaufe, so ist der Kauf sofort perfekt, wenn ich das Faß Wein kaufe, den Liter für 10, so bedarf es zur Perfektion und zum Unbedingtwerden noch des Zumessens.[2]) Damit löst sich das Rätsel hinsichtlich des von dem angeblichen Paulus der l. 8 pr. D. 18, 6 zur Perfektion geforderten apparere quid quale quantum sit, nur daß dieser außerdem noch gerade ein pure venit verlangt, während noch unserm Gajus jeder Kauf ad mensuram quasi bedingt erscheint. In welche Schwierigkeiten dadurch die Praxis geraten müßte, falls man es mit der Bedingtheit ernst nähme, kümmert den doktrinären Kompilator der l. 35 wenig. Danach könnte ein Spezieskauf grundsätzlich nur durch die Mitwirkung beider Vertragsteile beim admetiri perfekt werden, so daß jeder Schuldner- und Gläubigerverzug vorher entfiele, ein selbstverständlich unmögliches Resultat, das die Byzantiner selbst nicht wollen, wie sich aus der erst von certae qualitatis an echten c. 12 C. 4, 49 und dem eingeschobenen qui moram mensurae faciendae non interposuit in c. 2 pr. C. 4, 48 ergibt. Die Vertragsklauseln des Cato[3]) beim Kauf von Faßwein wissen nichts von irgendwelcher Bedingtheit.

[1]) Die Kategorie der Bedingung verwendet Justinian auch bei Entscheidung der nach Gajus 3, 140. 143 sehr strittigen Frage nach der Gültigkeit von Kauf oder Miete zu dem Preis oder Zins quanti Titius aestimaverit. Vgl. den interpolierten Gajus in l. 25 pr. D. 19, 2 und Justinian in c. 15 C. 4, 38.

[2]) Erst das italienische Gesetzbuch § 1431 II stellt zu Recht beide Fälle gleich.

[3]) De agricultura 148.

Vinum in doliis hoc modo venire oportet. Vinum accipito ante Kal. Ian. primas. Si non ante acceperit, dominus vinum admetietur. Quod admensus erit dominus, pro eo resolvito. Si emptor postulavit dominus iusiurandum dabit verum fecisse. Locus vinis ad K. Octobres primas dabitur. Si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet.

Man sieht, das admetiri, insoweit es der Feststellung der gekauften Menge dient, kann auch einseitig geschehen, falls der Käufer seine Mitwirkung versagt. Er gerät bei Nichtabnahme zur festgesetzten Zeit sogar in Annahmeverzug. Der Verkäufer kann sich des Weines entledigen und der Käufer muß trotzdem zahlen. Also ist die Perfektion des Kaufs selbst nicht von dem einseitigen admetiri abhängig, sondern höchstens die Feststellung des Preises beim Kauf ad mensuram. Wohl aber vollzieht sich im Normalfall seit alters in der Tat der Übergang des periculum auf den Käufer mit dem admetiri. Denn in dem Zumessen, Zuwägen, Zuzählen vollzieht sich die Tradition und der Eigentumsübergang, wie für den Kauf von Schafen Varro[1]) betont. Für den Weinkauf ad mensuram aber gelten die Sätze des Varro im wesentlichen noch unter Ulpian, wie uns der klassische Gehalt der l. 1 §§ 2—4 D. 18, 6 lehrt, besonders § 4.

Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum.

Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: Quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: [veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si quanta mensura esset non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori perierit. Glossem?]

Die Oratio obliqua steht zwar in der Luft, aber ihr Inhalt ist darum nicht unecht. Davon, daß vor dem Zumessen der Kauf gar nicht perfekt oder von diesem zweiseitigen Zumessen bedingt sei, weiß auch Ulpian offenbar gar nichts. Nichts ist charakteristischer für die heute noch fortwirkende

[1]) Rer. rust. II 2, 5—6 oben S. 52.

Strenggläubigkeit unserer bisherigen Pandektenlehre als der Umstand, daß man diese Weisheit der l. 35 citata für die Lehre der römischen Klassiker unangefochten bis zum heutigen Tag angesehen hat. Und doch handelt es sich hier um eine mit Händen zu greifende Vermengung von objektiver Unbestimmtheit und nur zwischen den Parteien bestehender Ungewißheit über objektiv feststehende Quantitäten, wie sie niemand einem Klassiker zutrauen sollte. Daß hier keine Bedingung vorliegt, betont Papinian in der l. 120 D. 45, 1.

Papinianus libro trigensimo septimo quaestionum.

Si ita stipulatus fuero. — Hanc summam centum aureorum dari spondes? etsi maxime ita exaudiatur ille sermo, „si modo centum aureorum est" non facit condicionem haec adiectio, quoniam si centum non sint, stipulatio nulla est. nec placuit instar habere condicionis sermonem qui non ad futurum sed ad praesens tempus refertur etsi contrahentes rei veritatem ignorant.

Dem entspricht die l. 7 § 1 D. 18, 1.

Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum.

Huiusmodo emptio „quanti tu eum emisti", „quantum pretii in arca habeo" valet; nec enim incertum est pretium [tam evidenti venditione[1])]: magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est.

Im Original war vielleicht die Kaufsache näher bestimmt, worauf das masculinum eum emptus noch hindeutet, aber die prägnante Betonung zwischen subjektiver Parteiungewißheit (ignoratur) und sachlicher Unbestimmtheit trifft doch den Nagel auf den Kopf: Der Kauf ist gültig, denn der Kaufpreis ist nicht incertum, wenn auch noch unbekannt. Das tam evidenti venditione ist ein ungeschicktes Einschiebsel, das in unklarer Art darauf hinweisen soll, daß anders wie in den Fällen der l. 35 §§ 5—7 eine Unbestimmtheit hinsichtlich der Kaufsache hier nicht vorliegt. Natürlich kann dies eine legislativ verschiedene Behandlung keineswegs rechtfertigen. Denn ob es zur Feststellung des pretium einer Zählung der Liter im gekauften Faß oder der Meter eines nach dieser Maßeinheit gekauften Ballens Tuch,

[1]) Beseler, Beiträge I S. 85 will ohne Gründe von nec bis venditione streichen.



oder des Inhalts einer nicht gekauften Geldkasse bedarf, gibt sachlich keinen Unterschied. Die Parteien wollen den Preis danach bestimmen, was die gekaufte species jetzt an Maßeinheiten enthält, wobei sie selbstverständlich davon ausgehen, daß das gekaufte Faß Wein oder der Ballen Tuch am Tag der Übergabe auch nicht mehr oder minder enthalten wird. Der Gedanke einer nachträglichen Substanzminderung oder -mehrung der Ware liegt ihnen regelmäßig ganz ferne und darum der Gedanke, in der Messung und ihrem Ergebnis etwas objektiv Ungewisses, eine Bedingung zu sehen. Treffend sagt Paulus in l. 34 § 5 D. 18, 1: Mensura non eo proficit ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat quantum ematur. Auch für die vertragsmäßig beim generischen Kauf bestimmte oder beim Spezieskauf aus der Messung klarzustellende Quantität gilt das, was Justinian[1]) nach klassischer Vorlage von der conditio in praeteritum vel praesens collata sagt: Quae enim per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem licet apud nos incerta sint. Die Byzantiner dachten nur an den praktisch freilich wichtigsten Fall des Handels mit vertretbaren Sachen, bei denen es eines admetiri adpendere adnumerare bedurfte, sei es, um — wie beim generischen Geschäft — das Kaufobjekt überhaupt erst zu individualisieren, oder wie beim Kauf ad mensuram danach erst die Höhe des Kaufpreises zu fixieren. Da das ihnen geläufige griechische Privatrecht einen Konsensualkauf im Sinne der Römer überhaupt nicht kannte, sondern — von dem nur zu einer Haftung mit der arrha, aber nicht zu Erfüllungsansprüchen führenden Arrhalgeschäft abgesehen — nur den Barkauf mit reellen oder fiktiven Zug-um-Zug-Leistungen, so konnte in diesen beiden Fällen in ihrem Sinne vor Fixierung des Objekts oder des Kaufpreises natürlich ein „perfektes" Kaufgeschäft nicht vorliegen. Vielleicht hat hierbei auch noch die Erwägung mitgesprochen, durch die sich die Pandektenharmonistik die Vorschriften der l. 35 cit. zurechtlegte[2]), es könne der Kaufpreis nicht mehr fest-

[1]) Just. 3, 15, 6 i. f.

[2]) Vgl. z. B. Windscheid, Pandekten II § 390 Note 12, der natürlich alles für echt hält und in der Tat lehrt, der Kauf sei wegen

gestellt werden, wenn vor dem Messen, Wiegen, Zählen die Kaufsache zerstört werde. Freilich ist diese Gefahr des Ausfalls der „Quasibedingung“ auch dort nicht ausgeschlossen, wo ein Grundstück[1]) ad mensuram verkauft wird, andrerseits könnte die maßgebende Geldkasse ebensogut vor der Auszählung zerstört oder geplündert werden, in den meisten Fällen aber — und das ist der maßgebende Anstand gegenüber dieser Konstruktion — wird trotz solcher Geschehnisse die objektive Feststellung des Preises an der Hand all dieser präzisen Parteibestimmungen sich auf andere Art doch noch ermöglichen lassen. Eine bloße Beweisschwierigkeit soll über die Gültigkeit einer objektiv bestimmten Parteiabrede entscheiden. Aber freilich gerade dieses Vermengen von Rechts- und Beweisfrage wäre typisch kompilatorisch.[2]) Nur wenn objektiv die Parteiabrede keine Handhabe bietet zur Klarstellung des Preises, dann nehmen die Klassiker ein negotium imperfectum an. Gajus selbst betont im echten Beginn unserer l. 35 klar diesen Gegensatz:

> Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio. Illud constat imperfectum esse negotium cum emere volenti sic venditor dicit: Quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris „habebis emptum“.

Der echte Gajus unterscheidet nicht nach der Fungibi-

---

der Möglichkeit eines vor der Messung erfolgenden Untergangs der Ware ebenso (als bedingter) zu behandeln, wie wenn der Kaufpreis durch einen Dritten erst bestimmt werden solle (!). Hiergegen treffend Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 396—397, der selbst zur Erklärung der l. 35 § 5 fg. nichts Besseres zu tun weiß, als sich auf einen in zahlreichen Fällen rein fiktiven Parteiwillen (z. B. beim Kauf dieses Korbs Kirschen zum Einmachen, dieser Hammelherde zum Schlachten unter Einheitspreis für das Pfund oder das Stück) zu berufen, „nach dem so viel Stücke bezahlt werden sollen, nicht als gezählt, sondern als geliefert sind.“

[1]) l. 40 pr. § 2 D. 18, 1.

[2]) Vgl. die interpolierten l. 10 pr. i. f. D. 14, 2 (später S. 155) und l. 18 § 3 i. f. D. 4, 3, in der umgekehrt Tribonian der Abrede über den Gebrauch bestimmter Gewichte zur Feststellung der Ware absolute Kraft beimißt, so daß nur die actio doli helfen könnte. Vgl. die Miszelle im Bd. 40 dieser Zeitschr. S. 354 fg.

lität der Kaufsache, sondern nur nach der objektiven Bestimmbarkeit des pretium.[1]) Seine Beispiele schon zeigen, wie weuig er an der Perfektheit der in den §§ 5—7 genannten Geschäfte gezweifelt hätte. Man vergleiche etwa noch Papinian in fragmenta Vaticana 9:

> Creditor a debitore pignus recte emit sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.

Was schließlich den § 7 unserer l. 35 angeht, so entspricht auch hier der barbarischen Sprache der sachliche Gehalt: So insbesondere hinsichtlich der fürchterlichen Trivialität zum Schluß, es sei für das periculum, das hier endlich gänzlich unvermittelt auftaucht[2]), gleichgültig, ob ich die 100 Metreten Wein aus dem Weinkeller zum Gesamtpreis von 1000 oder 100 Metreten die Metrete zu 10 kaufe. Hier handelt es sich nicht um eine individualisierte Menge von Fungibilien, die nach Maßeinheiten gekauft ist, sondern um ein gemischt generisches Geschäft im Sinne des Modernen, um einen Kauf aus einem bestimmten Vorrat. Natürlich geht hier auch nach klassischem Recht das periculum (aber mit Ausnahme des Umschlagens des gesamten Weins im Keller) im Normalfall erst mit dem Zumessen auf den

[1]) Dieser Gesichtspunkt liegt auch der Streitfrage über die Gültigkeit des Kaufs quanti Titius aestimaverit zugrund: Gajus III 140, den Justinian in c. ultima C. 4, 38 als durch die Schätzung des dritten bedingten Kauf aufrechterhält. Nach demselben Maßstab erklärt Ulpian den Kauf in l. 7 § 2 D. 18, 1 für gültig, in l. 37 eodem nur darum für ungültig, weil sich hier der von den Parteien gewählte Weg der Feststellung des Kaufpreises als nicht gangbar erweist. Darum der Vergleich mit der ausfallenden Bedingung. Ähnlich lag es bei Beginn des Kriegs mit der Wirksamkeit von in Deutschland geschlossenen Lieferungsgeschäften, deren Preis nach dem „Welthandelspreis der Londoner Börse“ vertragsmäßig fixiert war. Vgl. z. B. den Fall R. G. Bd. 94 S. 338.

[2]) Ähnlich wie erst zum Schluß der verworrenen l. 8 pr. D. 18, 6 (oben S. 82) und in den Schlußworten des einschlägigen Codextitels 4, 48 solutionem emptor pretii non recte recusat die praktische Tragweite des Begriffs erhellt, vgl. später S. 146.

Käufer über, aber nur, weil in diesem Zumessen sich die Übergabe vollzieht, bei Leibe nicht, weil vorher das negotium nicht perfectum sei. Sonst wäre ja auch eine entsprechende Stipulation imperfect, eine Annahme, die schon durch das argumentum e contrario aus der l. 115 pr. D. 45, 1 widerlegt werden kann.

Papinianus libro 2 quaestionum.

Ita stipulatus sum: Te sisti in certo loco, si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes? Si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio non secus ac si quod pondere numero mensura continetur sine adiectione ponderis numeri mensurae stipulatus essem vel insulam aedificari non demonstrato loco, vel fundum dari non adiecto nomine.

Selbst hier bei der rein generischen Stipulation kommt es dem Klassiker für die Perfektion des Schuldvertrags nicht auf die vollzogene Individualisierung, sondern nur auf die objektive Bestimmbarkeit der geschuldeten Leistung nach Maßgabe der Parteifestsetzung an. Übrigens ist es vom Standpunkt der Byzantiner jedenfalls nicht folgerichtig, wenn im Fall des § 7 cit., eines Kaufs aus bestimmten Vorrat vor dem admetiri omne periculum beim Verkäufer verbleiben soll. Mindestens die Verschlechterungsgefahr hinsichtlich des gesamten Vorrats müßte hier den Käufer treffen. Auch hier hätte der Klassiker anders entschieden, wie sich aus fragmenta Vaticana 16[1]) ergibt.

Die Gefahr des Umschlagens des Weins, aber auch nur sie, nicht einer andern Veränderung, trägt der Käufer, so selbst beim bedingten Kauf, stets vom Abschluß des Kontraktes an, nur dann trägt der Verkäufer das gesamte Risiko, also auch der Verschlechterung durch acor und mucor, wenn überhaupt nicht ein bestimmter Vorrat (corpus) bestimmt ist, aus dem die Lieferung zu entnehmen war, beim rein generischen Kauf.[2]) Aus dem corpore non demonstrato nullum

---

[1]) Oben S. 98.

[2]) Die Polemik Beselers (III S. 200—201) gegen diese meine Auffassung (Haftung des Verkäufers S. 72) ist mir unverständlich geblieben. B. setzt selbst voraus, daß der Wein „generell bestimmt" sei,

periculum emptoris ergibt sich per argumentum e contrario: Beim Kauf aus beschränktem Vorrat läßt Papinian gleichfalls sofort den Käufer die Gefahr des natürlichen Verderbs des gesamten Vorrats treffen, jedes andere periculum deteriorationis oder das periculum sonstiger Vernichtung[1]) trägt hier wie sonst bis zur Tradition oder dem Annahmeverzug des Käufers (der z. B. den Zahlungstermin nicht einhält, an dem er Zug um Zug die Ware empfangen soll), der Verkäufer.

Auch der klassische Kern der stark veränderten[2]) l. 16 D. 18, 6 enthält nur das periculum emptoris hinsichtlich des acor et mucor, ohne daß auf das Zumessen hierbei abgestellt würde. Vielmehr zeigt gerade die Hervorhebung des antequam ab emptore tollerentur, daß es dem Klassiker grundsätzlich für den Gefahrübergang auf den Besitzübergang ankommt.

Gaius libro secundo cottidianarum rerum.

> Si vina quae in doliis erunt venierint eaque, antequam ab emptore tollerentur sua natura corrupta fuerint [si quidem de bonitate eorum adfirmavit venditor, tenebitur emptori, quod si nihil adfirmavit], emptoris erit periculum, quia sive non degustavit sive degustando mala probavit, de se queri debet.

Auch die wenigstens bis zu ut si forte corrupta echte quaestio der l. 4 pr. D. 18, 6 von Ulpian[3]) läßt vermuten,

---

trotzdem soll Papinian „nicht notwendig" einen „modernen Genuskauf" gemeint haben. Wie im Text Schulz, Kr.V.-Schr. 1912 S. 72 zu Note 102[a].

[1]) Vgl. später S. 115 Note 2.

[2]) Haftung des Verkäufers S. 152.

[3]) Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum. Si quis vina vendiderit et intra diem certum degustanda dixerit, deinde per venditorem steterit, quo minus degustarentur, utrum praeteritum dumtaxat periculum acoris et mucoris venditor praestare debet an vero etiam die praeterito [ut si forte corrupta sint, posteaquam dies degustandi praeteriit, periculum ad venditorem pertineat an vero magis emptio sit soluta quasi sub condicione venierint, hoc est si ante diem illum fuissent degustata. et intererit quid actum sit: ego autem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici emptionem manere, periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est]. Das Eingeklammerte ist wohl alles unecht, zum Teil vielleicht Glossem. Der Gedanke, es könnte die

daß der Klassiker nicht auf das Messen abstellte, sondern daß vor der Tradition für den Klassiker nur das periculum acoris et mucoris zu Lasten des Käufers in Frage kommt und zwar bei vorbehaltener degustatio erst nach dieser.[1]) Auch das neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere si non ita vinum venit ut degustaretur in dem gewiß sonst stark veränderten § 1 desselben Fragments[2]) zeigt, daß nur dieser innere Verderb des Weins, falls keine Kostprobe in Frage kommt, auf Gefahr des Käufers geht.[3]) Darum rührt das sed omne periculum ad emptorem pertinere schwerlich von Ulpian her, die Kompilatoren wollen alle Gefahr der Veränderung oder Zerstörung durch die Hintertür[4]) des harmlos scheinenden sed-Satzes auf den Käufer überwälzen, obwohl für den Klassiker überhaupt nur die besondere Gefahr des inneren Verderbs in Frage kam.[5]) Ganz das gleiche Manöver finden wir im Beginn der l. 1 D. 18, 6.

Ulpianus libro vicesimo octavo ad Sabinum.

Si vinum venditum acuerit vel quid aliud vitii sustinuerit, emptoris erit damnum, quemadmodum si vinum esset effusum vel vasis contusis vel qua alia ex causa. sed si venditor se periculo subiecit in id tempus periculum substinebit, quoad se subiecit; quod si non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum, videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum

Gültigkeit des Kaufs von rechtzeitiger degustatio resolutiv bedingt sein, ist dem Ulpian ganz fremd, wie sich schon aus der Fassung der quaestio ergibt. Die Byzantiner denken vielleicht an die uns schon aus Theophrast (später S. 173 fg.) bekannten Vorschriften über den Zeitpunkt, in dem das Arrhalgeschäft vollzogen werden muß, und lassen, wie so gern, den „Parteiwillen" entscheiden, den niemand eruieren wird.

[1]) Siehe auch Paulus in l. 34 § 5 D. 18, 1: Gustus enim ad hoc proficit ut improbare liceat, mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur.

[2]) Siehe über die Stelle auch schon custodia S. 348 fg.

[3]) Die nochmalige Betonung desselben Gedankens gegen Schluß et quoad degustaverit ... ist wohl Glossem.

[4]) Dagegen gehen die Basiliken sofort auf das Ganze: *Ὁ δὲ κίνδυνος ἅπας καὶ τοῦ ὀξίσαι καὶ τοῦ ὑδαρωθῆναι τὸν ἀγοραστὴν ὁρᾷ.*

[5]) Das hat schon Schulz richtig erkannt, freilich von einem ganz andern Ausgangspunkt. Vgl. Kr. V.-Schr. 1912 S. 72. 77. 78. 84.

fuerit degustatum. aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit et usque ad degustationem sustinebit. sed si nondum sunt degustata, signata tamen ab emptore vasa vel dolia, consequenter dicemus adhuc periculum esse venditoris nisi si aliud convenit. 1. Sed et custodiam addiem mensurae venditor praestare debet: priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit. post mensuram factam venditoris desinit esse periculum: et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel etiam singula dolia. 2. Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur.

Das principium und § 1 sind m. E. gänzlich unecht.[1]) Zunächst ist im Beginn das vel quid aliud vitii sustinuerit eingeschoben, vitium sustinere vom Wein gesagt ist kein Latein.[2]) Welchen Sinn hätte es auch, daß mit quodsi betont wird, der Verkäufer trage bis zur Kostprobe die Gefahr, wenn hier auch noch an anderes als an inneren Verderb gedacht wäre?[3]) Besonders belastend ist, daß als Beispiel für einen anderen Fehler des Weins mit dem unmotivierten Irrealis esset (nachdem lauter Futura vorausgehen) das Ausgelaufensein[4]) angeführt wird. Die ungeschickt ausgedrückten Trivialitäten von sed bis subiecit mit dem doppelten subiecit und sustinebit, nun statt vom Wein vom

---

[1]) Viel zu wenig streicht Eisele, Sav.-Zeitschr. 11, 19 u. 20.

[2]) Sustinere heißt aushalten, ertragen, aber nicht einen Mangel „erleiden". Vgl. z. B. Georges s. h. v.

[3]) So auch schon Lusignani, Custodia II p. 61 und Schulz a. a. O. S. 76.

[4]) Rein logisch genommen läßt sich demgegenüber die Begründung Rolands des Roßkamms bei Chamisso noch viel eher hören (vgl. meine Schrift über Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf S. 27), der eine tote — aber doch wenigstens als Kadaver noch vorhandene — Stute anbietet:

Kein Fehler an ihr zu rügen
Und forschest du noch so genau!
Ist leider sie tot, was verschlägt das?
Ein Unglück ist es doch nur,
Kein Fehler; es liegt das Totsein
In solcher Stuten Natur.

Weinverkäufer gesagt, sind sicher unklassisch.[1]) Auch der Gedanke von quod si bis degustatur vinum kann nicht klassisch sein, da auch mangels verabredeter Degustationsfrist die Kostprobe an eine nach billigem Ermessen zu bestimmende Frist gebunden sein mußte. Das Folgende non videlicet bis degustatum, wonach erst mit der degustatio der Wein plenissime[2]) verkauft wurde, ist selbstverständlich für Ulpian unmöglich. Das nächste von aut bis sustinebit ist wohl eine in den Text geratene resümierende Randglosse. Der Schlußsatz mit dem zusammengehörigen § 2, den vielleicht erst die Kompilatoren durch den völlig unechten § 1 getrennt[3]) haben, ist dem Grundgedanken nach jedenfalls echt und betont unter Berufung auf Labeo gegen Trebaz, daß auch das Zeichnen der Fässer, weil es noch keine Tradition enthält, solange die degustatio noch aussteht, die Gefahr des acor und mucor beim Verkäufer beläßt. In dieser Erörterung, ob das signare eine Tradition enthält, verrät sich der klassische Standpunkt in der Gefahrlehre ebenso deutlich, wie in der l. 15 § 1 D. 18, 6[4]) oder in der Erwägung, daß claves emptoribus traditas in c. 2 § 1 C. 4, 48[5]). Im § 1 wird zunächst die custodia-Haftung des Verkäufers von Tribonian eingeschoben, von der der Klassiker, wie an anderer Stelle[6]) dargetan, nichts weiß, und die logischerweise natürlich an den Beginn des Fragments gehörte, weil durch diese Lehre die praktische Tragweite des dort betonten periculum emptoris völlig verändert oder überhaupt erst verständlich würde.[7]) Sehr possierlich ist die Begründung für die Custodiapflicht bis zur Messung: Denn vorher (hier könnte das scheinbar passivisch gebrauchte admetiatur[8]) sc.

---

[1]) Schulz S. 75 will nur statt periculo degustationi setzen.

[2]) Lieblingswort Justinians, Voc. von Longo, Bull. 10 p. 390 s. h. v.

[3]) Abweichend Schulz a. a. O. S. 80. Wie hier bereits Lusignani S. 63 (nach Schulz).

[4]) Oben S. 76. [5]) Vgl. später S. 117.

[6]) Custodia S. 254 fg., bes. S. 347 fg. S. 348 über die interpolierten l. 2 § 1 u. l. 4 D. 18, 6.

[7]) Dieselbe Methode in der interpolierten l. 14 pr. D. 47, 2: Custodia S. 304.

[8]) Es begegnet bald danach im § 3 noch einmal: Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec

vinum auch aktivisch vom venditor gebraucht sein) ist der Wein fast noch gar nicht verkauft. Wir lernen also hier: Durch die vorangehende degustatio wird der Wein plenissime, aber bis zur nachfolgenden mensura fast noch gar nicht verkauft. Natürlich soll diese ungeschickte Wendung nur die sattsam bekannte Lehre der Byzantiner einschärfen, daß bis zum Zumessen der Kauf noch nicht perfekt, sondern gleichsam noch bedingt sei. Mit diesem Geschwätz über plenissime und prope quasi nondum venire vergleiche man die lapidaren Vertragsformeln Catos über Verzug des Käufers bei der degustatio oder Abnahme des Weins.[1])

> Si non ita fecerit, vinum pro degustato erit ... Si non ante acceperit, dominus vinum admetietur. Quod admensus erit dominus, pro eo resolvito,

oder auch die klare und prägnante Darstellung des Paulus in der l. 34 § 5 D. 18, 1

> Paulus libro trigensimo tertio ad edictum.
>
> Alia causa est degustandi, alia metiendi. Gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat, mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur.

intra diem admensum est. M. E. ist der ganze § 3 eingeschoben, nicht bloß alles Folgende, wie Krüger (a. h. l.) unter Skepsis Beselers (II 116) vermutet. Denn das Problem des Annahme- und Abnahmeverzugs des Weinkäufers wird in dem folgenden in der Hauptsache, so gewiß in der quaestio, echten § 4 selbständig aufgenommen und abweichend von dem unsicheren Gerede des § 3 in bestimmter und prägnanter Art dahin entschieden (in Übereinstimmung mit Cato, De agricultura 148, vgl. den Text), daß der Verkäufer zunächst ausmessen soll, damit die Höhe des vom Käufer zu zahlenden Preises feststeht. Damit vergleiche man das unklare Gerede auch schon des ersten Satzes des § 3: Es soll der Verkäufer den Wein sogar ausgießen dürfen, wenn er einen Termin zum Zumessen bestimmt hat und bis dahin — nicht zugemessen ist. Aber nicht auf das Nicht-Zumessen an sich, sondern auf die unterlassene Mitwirkung des Käufers hierbei kommt es natürlich an. Das admensum est ist also auch sachlich unmöglich. Daß übrigens der Verkäufer „gleich“ ausgießen darf, will schon der zweite Satz nicht mehr wahr haben, vielmehr wird in unsauberer Diktion berichtigt: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet ... Das folgende Gerede sollte weder formell noch sachlich jemand dem Klassiker zutrauen.

[1]) Cato, De agricultura 148.

Das Folgende in l. 1 § 1 cit. post mensuram factam venditoris desinit esse periculum könnte echt sein, da in dem Zumessen sich die Übergabe vollzieht, und damit jede Gefahr, auch die eines Eingriffs von außen auf den Käufer übergeht. Aber der ungeschickte Schlußsatz soll ihm die Wendung geben, wie wir sie aus der l. 35 § 5—7 D. 18, 1 bereits kennen: Auf das metiri komme es für die Perfektion und das periculum gar nicht an, wenn nicht nach Maß verkauft ist. Natürlich kann man dann logischerweise nicht von ante mensuram reden, auch nicht von liberari periculo vordem, da ja hier der Verkäufer nach byzantinischer Lehre schon mit dem Vertragsschluß überhaupt keinerlei periculum casus tragen soll. Dieses liberari periculo müßte übrigens, nachdem im Eingang gerade die Custodiapflicht des Verkäufers ad mensuram betont war, nach der Diktion der Klassiker besonders auch des Ulpian[1]) mindestens auch auf das periculum custodiae[2]) bezogen werden und somit ein Argument gegen die Seckel-Schulzsche Lehre von der allgemeinen Custodiapflicht des Verkäufers bilden, während Seckel[3]) die Stelle als Beweis dafür verwendet, daß bei der emptio ad mensuram der Verkäufer „schon vor dem Zumessen" für custodia einsteht. Charakteristisch für die elende Mache ist auch, was zum Schluß als Beispiel für einen nicht ad mensuram abgeschlossenen Kauf angeführt wird: das Verkaufen von — amphoras vel etiam singula dolia![4])

Wir können zusammenfassen:

Die Byzantiner wollen die klassische Lehre, nach der der Käufer von Wein, abgesehen von der degustatio, schon vor der Tradition das periculum acoris et mucoris, aber nur dieses trägt, verallgemeinern für den Kauf sine mensura; aber für den Kauf mit degustatio bis dahin oder von Fungibilien bis zur Messung jede Gefahr beim Verkäufer be-

[1]) l. 5 § 3 i. f. D. 13, 6; l. 12 § 1, l. 14 § 16 D. 47, 2; l. 1 § 4 D. 47, 5.

[2]) Die Pandektenharmonistik konnte sich mit dem unzweideutigen Ausspruch der l. 4 § 1 D. 18, 6 beruhigen. Über deren Unechtheit vgl. Custodia S. 348 fg.

[3]) Custodia-Artikel S. 118, wo der „Schluß der Stelle" für interpoliert erklärt wird.

[4]) Rekonstruktionsversuche bei Schulz a. a. O. S. 80 u. 82 vom Standpunkt einer Custodiapflicht des Verkäufers.

lassen, so daß auch wiederum für den inneren Verderb nichts Besonderes mehr gelten soll.

Eine Bestätigung liefert teilweise auch die l. 5 D. 18, 6

Paulus libro quinto ad Sabinum.

Si per emptorem steterit quominus ad diem vinum tolleret, postea nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari. Si verbi gratia amphorae centum ex eo vino quod in cella esset, venierint, [si admensum est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat].

Der erste Satz dürfte hier trotz einiger stilistischen Anstände [1]) im wesentlichen klassisch sein, jedenfalls sein Grundgedanke, daß mit dem Annahmeverzug des Weinkäufers [2]), der zur bestimmten Zeit den Wein nicht abholt, der Verkäufer abgesehen natürlich von Arglist für keinerlei Verlust einzustehen habe, das heißt nicht nur, daß er nicht regreßpflichtig ist — denn das ist er nach klassischem Recht auch vor dem Annahmeverzug des Käufers nur bei treuwidrigem Verhalten — sondern daß er den Kaufpreisanspruch behält.

Per argumentum e contrario spricht also dieser erste Satz aus, daß an sich ohne Annahmeverzug das periculum beim Verkäufer ist. Es springt in die Augen, daß zu diesen Gedanken der Nachsatz überhaupt nicht paßt, zunächst der praktische Fall nicht, der gar nichts von einem Abnahmetermin oder Annahmeverzug enthält, erst recht nicht die Entscheidung, die bis zum Zumessen alle Gefahr dem Verkäufer aufbürdet, obwohl der erste Satz gar nichts von Zumessen sagt und gewiß nichts davon, daß überhaupt ad mensuram der abzuholende Wein gekauft war. Den Kompilatoren kommt es nicht auf den logischen Zusammenhang des von ihnen verschonten Bruchstücks des Klassikers mit ihrem Zusatz, sondern nur darauf an, daß das Ganze nur

---

[1]) Darüber Custodia S. 204.

[2]) An ihn denkt wohl auch Papinian in fragm. Vat. 16, wenn er sagt, daß die Gefahr des inneren Verderbs auch schon vor der Fälligkeit der Preiszahlung den Käufer treffe. Denn wenn der Käufer am Termin nicht zahlt, so liegt es an ihm, daß der Wein nicht übergeben wird. Vielleicht spielte dieser Gedanke in dem Original der interpolierten l. 39 D. 46, 3 eine Rolle. Vgl. später S. 125.

als Beleg dafür erscheine, daß der Verkäufer bis zum Zumessen jede Gefahr trage. Sie schärfen es ein durch den ungeschickten Pleonasmus[1]): si admensum est, donec admetiatur, beides ohne Subjekt und in der von ihnen so beliebten passivischen Bedeutung des deponens admetiri[2]), wobei sie übrigens mit dem omne periculum wiederum zum Ausdruck bringen wollen, daß der Käufer bis zum Zumessen auch die Gefahr des Umschlagens des Weins nicht trage, die Frage des Annahmeverzugs aber, die nach dem ersten Satz überhaupt das eigentliche Problem des Paulus bildete, aber nur in der ungeschickten Schlußwendung[3]) nisi id (was?) per emptorem fiat streifen.

Dem im vorangegangenen festgestellten Standpunkt der Byzantiner entspricht die Interpolation der c. 2 C. 4, 48.

Imp. Alexander A. Gargilio Iuliano.

Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit. Cum autem universum, quod in horreis erat positum, venisse sine mensura et claves emptoribus traditas adlegas, perfecta venditione quod vino mutato damnum accidit, ad emptorem pertinet. Haec omnia locum habent, non solum si vinum sed etiam si oleum vel frumentum vel his similia venierint et ea aut deteriora aut penitus corrupta fuerint.

M. E. ist die Stelle heillos entstellt[4]), wenn auch noch klassische Reste erkennbar sind. Sprachliche Anstände bieten der unmotivierte Übergang in die Vergangenheit durch tunc, nachdem lauter praesentia vorangehen, sowie das darauffolgende unmotivierte perfect fuit; im zweiten Satz das fehlende Substantivum zu universum; das nachhinkende sine mensura; deteriora fuerint (anstatt facta fuerint) be-

---

[1]) Der Version der Basiliken (53, 7 Suppl. Ferrini, Heimbach 7, 106) *ἐὰν πωλήσω ἑκατὸν κεράμια ἐκ τοῦδε τοῦ οἴνου εἰπῶν· εἰ μὴ μετρήσεως ἐγὼ κινδυνεύω* entspricht schwerlich ein klassischer Tatbestand.

[2]) Oben S. 100 Note 1 u. 2.

[3]) Darauf hat schon Eisele, Sav.-Zeitschr. 11, 21 hingewiesen, der den ganzen zweiten Satz ohne genügenden Beweis streichen will.

[4]) Anders Schulz a. a. O. S. 73, der im principium nur die ablativi absoluti und sine mensura streichen will.

zeichnet nicht die nachträglich erst eintretende Verschlechterung, zumal in der unmittelbaren Nebenordnung zu venierint durch et. Sachlich deuten die singulae amphorae vini, wenn echt, doch wohl auf ein gemischt generisches Geschäft.[1]) Vielleicht hat Alexander dem Käufer bedeutet, daß vor der Übergabe ihn nur das periculum acoris et mucoris treffe. Das entspricht der bekannten klassischen Lehre. Die Kompilatoren wollen den Mangel der Tradition, auf den es dem Kaiser allein ankommt, mit dem Mangel der mensura verselbigen und aus diesem letzteren Gesichtspunkt den Kauf für nicht perfekt erklären, wovon der Papinian der frag. Vat. 16 nichts weiß. Um ihre neue Lehre von der Perfektion des Kaufs recht klar herauszustellen, bilden sie durch Einfügung von sine mensura ein Gegenstück, in dem der Kauf sofort perfekt ist, verabsäumen aber die Worte des klassischen Tatbestands et claves emptoribus traditas auszumerzen, auf die es dem Kaiser als einer Erscheinungsform der Tradition ankommen mußte[2]), die aber vom Standpunkt der l. 35 §§ 5—7 D. 18, 1; l. 8 pr. D. 18, 6 etwas ganz Belangloses für den Kauf in Bausch und Bogen enthalten. In diesem Gegenstück ist zwar auch nur wie im principium vom Umschlag des Weins die Rede. Der § 2 aber, dessen lehrhafter Inhalt zu einem Reskript kaum paßt, ist dazu bestimmt, die Quintessenz des Vorangegangenen, nämlich die Erheblichkeit der mensura auf alle Fragen der Verschlechterung oder Zerstörung von Wein, Getreide[3]) oder „his similia" auszudehnen und somit nach bekannter Manier jede Spur davon zu verwischen, daß es dem Kaiser überhaupt nicht auf mensura und Perfektion, sondern nur auf das periculum venditoris bis zur Tradition ankam, das vom Annahmeverzug abgesehen[4]), nur hinsichtlich der mutatio vini eine Ausnahme

---

[1]) Nach Schulz a. a. O. S. 73 ist Genuskauf anzunehmen, weil sonst die Entscheidung Papinian widerspräche.

[2]) So schon richtig Arnò im Arch. giur. 68, 439 unter Berufung auf D. 18, 1, 74 (Papinian) und D. 41, 1, 9, 6 (Gajus). Siehe auch Paulus in l. 1 § 21 i. f. D. 41, 2. Vgl. ferner oben S. 112 und später S. 131.

[3]) Ganz entsprechend den Beispielen der interpolierten l. 35 § 5 D. 18, 1.

[4]) Paulus im echten Beginn der l. 5 D. 18, 6; Pomponius in l. 15 D. 23, 3. Vgl. später S. 131.

zu Lasten des Käufers erleidet. Aus demselben Grund sagen die Byzantiner in dem völlig ihnen zugehörigen ersten Satz der c. 12 C. 4, 49 [1]): Periculum vini mutati quod certum fuerat comparatum, ad emptorem pertinet, um anzudeuten, daß es keiner Messung mehr bedürfe. Nach klassischem Recht (frag. Vat. 16) kommt es hierauf für das periculum vini mutati gar nicht an, soweit nicht reiner Genuskauf vorliegt.

§ 8. Die weiteren Belege für das periculum emptoris.

Im Sinne der Byzantiner sollen auch die l. 7 pr. und die l. 11 D. 18, 6, die darum von den Kompilatoren in den von ihnen zurechtgemachten und de periculo et commodo rei venditae überschriebenen Titel aufgenommen worden sind, vom periculum emptoris verstanden werden.[2])

Zunächst Paulus libro quinto ad Sabinum.

> Id quod post emptionem fundo accessit per alluvionem vel perit, ad emptoris commodum incommodumque pertinet.[3]) Nam si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris: Sic igitur et commodum eius esse debet.

Sodann

> In libro septimo digestorum Iuliani Scaevola notat.
>
> Fundi nomine emptor agere non potest, cum priusquam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate aliove quo casu [4]) pars fundi interierit.

In Wirklichkeit aber handeln Paulus ebenso wie Scaevola in diesen gewiß nicht von den Kompilatoren unberührt gelassenen Stellen nur von der altzivilen actio de modo agri und wollen nur betonen, daß es für diese Klage nur darauf ankomme, ob die Angaben des Manzipanten zur Zeit des Verkaufs stimmen, daß nachträgliche Mehrung oder Minderung des Lands die actio de modo agri weder nehmen noch geben kann.[5]) Mit dem periculum emptoris im Sinn

---

[1]) Custodia S. 316 [2]. [2]) Siehe auch Custodia S. 316.

[3]) Über das Problem der alluvio beim Kauf siehe custodia S. 333.

[4]) Ich hätte die Stelle auch Custodia S. 201 Note 1 zitieren sollen.

[5]) Haftung des Verkäufers S. 15—18.

der Byzantiner haben diese Ausführungen gar nichts zu tun.[1]) Hingegen ist nicht auf den ersten Blick deutlich, ob die Kompilatoren in dem heillos in allen Teilen entstellten[2]) fr. 11 h. t. nicht nur die von ihnen beliebte Custodiahaftung einschärfen, sondern auch die Zahlungspflicht des Käufers bei kasueller Zerstörung der Kaufsache anbringen wollen.

Alfenus Varus libro secundo digestorum.

Si vendita insula combusta esset, (cum incendium sine culpa fieri non possit), quid iuris sit? respondit quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum neglegentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem, si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

Doch scheint es, daß die Byzantiner dem nihil ad eum pertinebit durch Einstellung in unseren Titel auch eine Beziehung auf die Zahlungspflicht des Käufers geben wollen, wie sie das securus est im Sinne Justinians, Inst. III 23 § 3[3]) zweifellos hat.

Auch die l. 17 h. t.[4]) beweist nichts für die Klassizität des periculum emptoris emptione perfecta im Sinne der l. 8 pr. h. t.

Iavolenus libro septimo ex Cassio.

Servi emptor si eum conductum rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum adquirere poterit, quoniam non videtur traditus is, cuius possessio per locationem retinetur a venditore. Periculum eius servi ad emptorem pertinet, quod tamen sine dolo venditoris intervenerit.

Denn der Schlußsatz beweise nur, daß nach der Ansicht des Klassikers nicht bloß die Besitzübergabe, sondern auch schon die Gewährung der Detention[5]) der Kaufsache im Interesse des Käufers genüge, um diesen mit dem periculum

---

[1]) Wohl aber spielt das Gefahrproblem in den Fall der l. 64 pr.— § 2 D. 21, 2 hinein, die darum auch die geschehene Tradition hervorhebt. Vgl. später S. 150 fg.

[2]) Custodia S. 346. [3]) Custodia S. 317. [4]) Custodia S. 266.

[5]) Ebenso wie heute nach richtiger Auslegung des § 446 BGB. die Hingabe zu Fremdbesitz im Fall des Eigentumsvorbehalts: RG. Bd. 85 S. 322.

rei venditae zu belasten.[1]) Jedenfalls wäre aber diese Betonung sinnlos, wenn Javolen etwas von der Regel der Byzantiner gewußt hätte, daß emptione perfecta periculum ad emptorem respiciet. Die Kompilatoren wollen nur ohne Rücksicht auf den Zusammenhang ihre Lehre einschärfen, sie beachten gar nicht, daß aus dem Tatbestand ein argumentum e contrario gegen die allgemeine Geltung des Satzes entnommen werden könnte.

Ähnlich zurechtgemacht erscheint die l. 62 § 2 D. 18, 1.[2])

Modestinus libro quinto regularum.

Res in aversione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit, etiamsi res adsignata non sit.

Hier ist sprachlich schwerlich etwas von Modestins gewandtem Stil zu entdecken. In aversione kommt nur dieses eine Mal in den Rechtsbüchern vor, sonst heißt es aversione oder per aversionem[3]), zu factum sit fehlt das Subjekt; unschön wirkt auch das zweimalige res und sit. Sachlich fällt sofort die Blutleere des Tatbestands auf. Schwerlich hätte ein Klassiker von einer in Bausch und Bogen gekauften „Sache" oder gar von einem Nichtgeschehen durch Arglist des Verkäufers gesprochen, weil der Hörer ja über die praktische Bedeutung dieser Lehrbegriffe ganz im unklaren bleibt. Die Kompilatoren wählen eine möglichst abstrakte

---

[1]) In der l. 2 § 1 D. 18, 2 ist die unter in diem addictio verkaufte Sache bereits dem Käufer tradiert. Da Julian hier einen resolutiv bedingten Kauf annimmt, so gesteht er dem Käufer Usukapionsbesitz zu, das Recht auf die Früchte, und belastet ihn nach der Tradition natürlich mit dem periculum. Die Stelle enthält also nichts gegen unsere Auffassung vom klassischen Recht, sowenig wie die l. 15 § 6 D. 42, 1 (oben S. 80). Wie es mit dem periculum nach der Besitzübergabe stehe, falls man suspensiv bedingten Kauf annimmt, darüber siehe oben S. 83. — Auch die l. 2 D. 18, 3 beweist nichts für die Echtheit des periculum emptoris. Denn die Schlußworte fundum qui eius periculo fuisset wollen keineswegs sagen, daß grundsätzlich mit dem Abschluß des Grundstückskaufs jeder Käufer die Gefahr trage, sondern unterstellen nur ein Grundstück, das in concreto wohl infolge Tradition auf Gefahr des zahlungssäumigen Käufers steht. Vgl. den gleichen Fall in c. 3 C. 4, 54 von Alexander Sever und in l. 20 D. 43, 26 (Ulpian).

[2]) Custodia S. 266. [3]) Voc. jur. Rom. s. h. v.



Sprache, weil ja ebenso wie durch das quod certum fuerat comparatum in c. 12 C. 4, 49 [1]) eingeschärft werden soll, daß, sobald ein Messen, Zählen, Wägen zur Feststellung des Preises nicht in Frage kommt, jede res mit dem Abschluß des Kaufs auf Gefahr des Käufers steht. In dem si non-Satz ist ebenso wie in der l. 17 cit. noch ein Rest der klassischen Dolushaftung des Verkäufers stehengeblieben.[2])

Auch in der l. 11 § 12 D. 43, 24 [3]) aus den 71. Buch des Ulpianischen Ediktskommentars findet sich das periculum emptoris ausgesprochen.

> Ego si post in diem addictionem factam fundus precario traditus sit, putem emptorem interdictum quod vi aut clam habere. Si vero aut nondum traditio facta est aut etiam facta est precarii rogatio, non puto dubitandum quin venditor interdictum habeat. Ei enim competere debet, etsi res ipsius periculo non sit, nec multum facit, quod res emptoris periculo est. Nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere. Si tamen precario sit in possessione, videamus ne, quia interest ipsius, qualiter qualiter possidet, iam interdicto uti possit . . .

M. E. ist von dem vorstehend wiedergegebenen Teil der Stelle höchstens der den Tatbestand, wenn auch wohl nur verkürzt [4]) enthaltende erste Si-Satz echt.[5]) Wie an anderer Stelle [6]) bereits ausgeführt, haben die Klassiker hier in der Frage der Zuständigkeit des Interdikts ebenso wie hinsicht-

---

1) Oben S. 118. 2) Custodia S. 266. 3) Vgl. Custodia S. 288.

4) Es fehlt z. B. die Angabe, wem precario tradiert ist.

5) Ausführlich über die bereits von Cujaz (Obs. 2, 25 und 16, 29) beanstandete Stelle Schulz, Kr. V.-Schr. 1912 S. 52 fg. mit Literaturangaben und nur vom Standpunkt der Custodiahaftung des Verkäufers haltbaren Rekonstruktionsversuchen. Die Worte ei enim competere debet etsi res ipsius periculo non sit haben schon Mommsen ad h. l. und Lenel (Paling. II 838 Anm. 4, Ulp. 1597) als Glossem streichen wollen; Arnò, Arch. giur. 62 S. 551 erklärt die Worte ei enim competere bis nemo dixit interdictum ei competere für tutto interpolato mit der dürftigen Begründung: perchè perfettamente inutile nel contesto del frammento ulpianeo.

6) Custodia S. 284 fg.

lich der actio furti nur das Interesse des Klägers an dem Nichteintritt der Beeinträchtigung oder Entziehung der Sache, nicht den dinglichen Rechts- oder Besitzstand entscheiden lassen. Erst die Kompilatoren sind es, die, solange der Käufer nicht einmal Gewahrsam an der Kaufsache eingeräumt erhalten hat, ihm die Klage versagen und sie stets nur dem Verkäufer zusprechen. Diese Entscheidung läßt sich natürlich in Berücksichtigung der klassischen Regelung der Aktivlegitimation höchstens vom periculum venditoris aus verstehen, darum wird in dem zweiten Satz, der mit si vero den Tatbestand über den Haufen wirft und mit dem ausschließenden aut aut zwei neue Tatbestandsmöglichkeiten vorlegt, die aber zueinander gar keinen, sondern nur, wie erst später klar wird, zu ulla traditio einen Gegensatz bilden, zunächst die Aktivlegitimation des Verkäufers als zweifelsohne mit starken Worten hingestellt und dann nach der nichtssagenden Begründung ei enim competere d e b e t nur betont, daß trotzdem die Sache — der Tatbestand sprach von fundus — nicht auf seine Gefahr (ipsius anstatt ejus) stünde und daß es „nicht viel mache“, daß die Sache auf Gefahr des Käufers stünde. Niemand wird glauben, daß der Klassiker, statt das sich aufdrängende Bedenken wegen des mangelnden Interesses des Verkäufers im Fall des periculum emptoris zu widerlegen, versucht haben könnte, den Hörer mit solchen Redensarten zu beschwichtigen, daß ein mit Händen zu greifender Widerspruch zu dem Julianischen, von Ulpian gleich danach im § 14 adoptierten Grundsatz interdictum his competere quorum interest opus factum non esse, „nicht viel mache“, und statt den Widerspruch zu heben, sich darauf beschränkt haben könnte, ihn durch dreifache Wiederholung des Satzes vom periculum emptoris zu unterstreichen: „obgleich der Verkäufer die Gefahr nicht hat“; sodann: „der Käufer hat die Gefahr“ und schließlich mit dem nichtssagenden kompilatorischen nam noch einmal: „sofort mit dem Vertragsschluß trifft die Gefahr den Käufer“. Aus dieser unerträglichen dreifachen Wiederholung spricht gleichsam die Angst der Kompilatoren, es könnte jemand aus dem vom byzantinischen Gefahrprinzip aus nach der römischen Zuständigkeitslehre ganz ungerechtfertigten Fort-

gewähren des Interdikts zugunsten des Verkäufers die klassische Lehre herauslesen, daß vor der Übergabe eben der Verkäufer die Gefahr trage.

Auch hier bewährt sich wieder der für die Interpolationenforschung so wichtige Grundsatz, daß die übertrieben häufige Wiederholung einer Regel innerhalb der Kompilation und gar innerhalb des einzelnen Fragments beileibe keinen Beweis ihrer Klassizität enthält, sondern bei sonstigen Anständen den Verdacht einer tendenziösen Mache der Byzantiner bestärken muß, die einen besondern Eifer verraten, ihre neue Lehre, mag es passen oder nicht, dem Leser einzuschärfen.

Wir dürfen vermuten, daß in dem Original der Stelle Ulpian dargelegt hat, nach der Einweisung des Käufers in den Besitz, wenn auch nur precario [1]) oder in die Mieterdetention stünde nur noch ihm [2]) das Interdikt zu, da die Gefahr damit auf ihn übergegangen sei, wie dies für den letzten Fall auch Javolen in l. 17 D. 18, 6 uns lehrt. Diese Erwägung, die die Kompilatoren natürlich beseitigen mußten, gewährt m. E. auch eine Handhabe für die Rekonstruktion der völlig umgestalteten l. 38 pr. D. 39, 2, wie ich bereits anderwärts [3]) dargelegt habe. Den gleichen Erwägungen entspringt die Betonung des periculum emptoris in der heillos interpolierten l. 14 pr. D. 47, 2. [4])

Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum.

Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et condictionem et vindicationem et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit. Quae sententia vera est et ita et Iulianus. Et s a n e p e r i c u l u m r e i a d e m p t o r e m p e r t i n e t, d u m m o d o c u s t o d i a m v e n d i t o r a n t e t r a d i t i o n e m p r a e s t e t.

---

[1]) Vgl. solchen vertragsmäßigen Eigentumsvorbehalt, der also nicht etwa ex lege zur Sicherung des Verkäufers eintrat, auch in l. 17 D. 18, 6; l. 20 D. 43, 26; l. 13 § 21 D. 19, 1; c. 3 C. 4, 54.

[2]) Vorher beiden: aus den auch hier zutreffenden Gründen von Pauli, Sententiae II 31, 17 utriusque enim interest rem tradi vel tradere. Vgl. Custodia S. 274 fg.

[3]) Custodia S. 297 fg. [4]) Vgl. Custodia S. 302 fg.

Weil Tribonian vor der Übergabe dem Käufer die actio furti versagt und sie nur dem Verkäufer zuspricht, muß die nach den klassischen Zuständigkeitsgrundsätzen unvermeidliche Folgerung, daß vor der Übergabe der Verkäufer die Gefahr trage, als von den Byzantinern nicht beliebt, noch einmal besonders mit der harmlos erscheinenden Anschlußwendung et sane abgelehnt und betont werden, periculum rei ad emptorem pertinet dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet. Auch hier kommt es dem Gesetzgeber Tribonian nur auf die Feststellung der Normen an, nicht darauf, daß diese mit sonst anerkannten Rechtsgrundsätzen hinsichtlich der Aktivlegitimation zur actio furti sich logisch vereinigen lassen.

Vom periculum emptoris handelt auch die l. 39 D. 46, 3.

Africanus libro octavo quaestionum.

Si soluturus pecuniam tibi, iusso tuo signatam eam apud nummularium, quoad probaretur, deposuerim, tui periculi eam fore Mela libro decimo scribit. Quod verum est cum eo tamen, ut illud maxime spectetur, an per te steterit quominus in continenti probaretur. Nam tunc perinde habendum erit, ac si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles. [In qua specie non utique semper tuum periculum erit. Quid enim si inopportuno tempore vel loco optulerim?] His consequens esse puto, ut [etiam, si et emptor nummos et venditor mercem quod invicem parum fidei haberent, deposuerint, et nummi emptoris periculo sint (utique si ipse eum, apud quem deponerentur, elegerit) et nihilo minus merx quoque, quia emptio perfecta sit].

Die das Vorangegangene nur ergänzenden Worte von in qua bis optulerim werden vielfach[1]) für eingeschoben erklärt. Wichtiger ist, ob der das periculum emptoris ent-

[1]) De Medio, Arch. giur. 68, 237. Zustimmend Schulz, Kr. V.-Schr. 1912 S. 52, der unter Berufung auf Arnò, Teorica 22 außerdem zum Schluß quia emptio perfecta sit streichen will, weil erst dann „die Pointe der Entscheidung klar heraustrete“, freilich auch dann nur unter der Unterstellung des Cujaz (Opp. I 1316), daß Ware und Preis bei derselben Person deponiert waren (wofür jeder Anhalt in der Stelle fehlt!).

haltende Schlußsatz echt ist. M. E. kann an der Unechtheit gar kein Zweifel sein. Sprachlich findet sich consequens mit ut schon bei Cicero, invicem statt des Reflexivs sibi entsprechend dem *ἀλλήλοις* der Basiliken[1]), schon in der silbernen Latinität.[2]) Das et nihilo minus merx quoque erscheint angekleckst, nach quod folgt haberent, nach quia steht sit, wo beidemal nur der Indikativ am Platz wäre. Unschön wirkt auch die ungeschickte Häufung der Partikeln etiam — et et — et et und besonders nihilo minus quoque. Aber sehr viel schlimmer sind die sachlichen Anstände. Im vorangegangenen hatte African ausgeführt, daß die vom Schuldner ego auf Verlangen des Gläubigers tu deponierte Geldleistung auf Gefahr des Gläubigers stände, falls es an ihm gelegen habe, daß das Geld nicht sofort geprüft und ausgezahlt worden sei. Als eine Konsequenz dieses Gedankens wird es nun im folgenden hingestellt, daß, wenn im Fall eines Kaufs Käufer und Verkäufer ihre Leistung deponieren, weil sie einander nicht trauen — der Käufer sowohl die Gefahr des Geldes trage, jedenfalls wenn er den Verwahrer ausgewählt habe, als auch die Gefahr der Ware, weil der Kauf perfekt sei. Zunächst muß hier auffallen, daß der neue Fall dem zunächst vom Klassiker gegebenem Beispiel gerade in den wesentlichen Punkten nicht entspricht. Dort deponiert der Schuldner, weil der Gläubiger die Zahlung nicht annimmt und zwar auf Gefahr des Gläubigers, hier deponieren jeweilig beide Schuldner eines gegenseitigen Vertrags, weil sie einander hinsichtlich der Gegenleistung nicht trauen, nicht weil der jeweilige Gläubiger die Leistung nicht empfangen will. Auf den ersten Blick scheint also die Nichtleistung hier am Schuldner zu liegen, aber vielleicht wird die Parallele zum Früheren darin gefunden — gesagt oder auch nur angedeutet ist davon nichts — daß jeder Gläubiger im Synallagma durch Zurückhalten der von ihm geschuldeten Leistung dem Gläubiger dieser berechtigten Anlaß gibt, auch die von ihm geschuldete wie ein Pfand zurückzuhalten[3]) und insofern per creditorem stetit quominus

[1]) Heimbach III 120.

[2]) Darauf macht mich mein Kollege Rudolf Helm freundlich aufmerksam. Siehe Wölfflin, Arch. 7, 364. [3]) Vgl. BGB. 298.

solveretur. Aber es ist klar, daß diese Auffassung nach dem Vorangegangenen den Klassiker zu der Folgerung hätte führen müssen, daß der Verkäufer als Gläubiger des Kaufpreises die Gefahr des Kaufpreises, der Käufer als Gläubiger der Ware deren Gefahr zu tragen habe. Statt dessen wird als ,Konsequenz' hingestellt, daß der Käufer als Schuldner des Kaufpreises die Gefahr des Geldes trage, jedenfalls, wenn er den Verwahrer ausgesucht habe! Es ist gleichsam, als ob der Verfasser selbst gemerkt habe, daß aus der mora creditoris, die im Vorangegangenen maßgebend war, das periculum emptoris hinsichtlich des Geldes nicht abzuleiten sei, darum wird mit dem unklaren utique ein neuer Entscheidungsgrund aus dem nachgebrachten Tatumstand entnommen, daß der Käufer-Schuldner den Depositar ausgewählt habe. Es soll also dem Käufer in echt kompilatorischer Art[2]) die Verantwortung für die Schicksale des Geldes zugeschoben werden, als ob er den Verwahrer schlecht ausgesucht habe. Damit aber ist jeder Zusammenhang mit dem Gedanken des Klassikers gelöst. Als Konsequenz des Satzes, daß der im Annahmeverzug befindliche Gläubiger die Gefahr des vom Schuldner hinterlegten Geldes trage, wird hingestellt, daß der den Verwahrer auswählende Schuldner mit eben dieser Gefahr belastet sei. Nicht minder unleidlich ist die weitere „Konsequenz" hinsichtlich der Ware. Auch deren Gefahr soll der Käufer tragen, aber nicht etwa wegen eines etwaigen per eum stetisse quominus traderetur, wie man nach dem klassischen Obersatz vermuten sollte, sondern — weil emptio perfecta sit. Im vorangegangenen war überhaupt nur von einem Gläubiger tu und einem Schuldner ego die Rede, die causa der Geldschuld war gar nicht genannt. Aus der aus dem praktischen Fall abgeleiteten Regel, die während des Annahmeverzugs dem Gläubiger die Gefahr der vom Schuldner deponierten Sache zuweist (entsprechend unserm § 379 II BGB.), soll nach der Meinung des Klassikers (puto his consequens esse) zu folgern sein, daß der Käufer die Gefahr der vom Verkäufer deponierten Kaufsache trage, weil der

---

[1]) l. 14 § 1 D. 47, 2; l. 13 § 8 D. 19, 1.

[2]) Haftung des Verkäufers S. 57.

Kauf perfekt sei! Die Unechtheit ergibt sich schon daraus, weil in dem quia-Satz die Entscheidung mit einem Umstand begründet wird, über den der Tatbestand sich ausschweigt. Denn davon, ob der Kauf zwischen den mißtrauischen Vertragsparteien, dem deponierenden emptor und dem deponierenden Verkäufer ‚perfekt' bereits im Sinne der l. 8 pr. D. 18, 6 und l. 35 §§ 5—7 D. 18, 1 gewesen war, war bisher nichts gesagt. Aber von diesem Schönheitsfehler einmal abgesehen, den man dem African nicht zutrauen darf, der aber für die Schnellarbeit der Kompilatoren charakteristisch ist, wie kann als eine Konsequenz der Gefahrtragung des in Annahmeverzug befindlichen Gläubigers das nur von dem perfekten Abschluß des Kaufs abhängige periculum emptoris hingestellt werden? Die Pandektenharmonistik hätte diese Stelle heranziehen können, wenn sie sich das periculum emptoris damit verständlich und mundgerecht zu machen suchte, daß es im Fall der emptio perfecta am Käufer-Gläubiger liege, wenn er die Ware nicht empfange.[1]) Freilich ist die Erwägung angesichts des nach l. 35 §§ 5—7 verhältnismäßig geringen Bereichs der emptio nondum perfecta für zahlreiche Fälle gänzlich haltlos. Die Byzantiner dachten bei ihrer Ergänzung des Fragments wohl kaum an irgendwelchen gedanklichen Zusammenhang mit dem Gedanken des African, von dem wohl noch die Anknüpfung his consequens esse puto herrühren mag, sondern nur daran, ihre Lieblingsthese vom periculum emptoris anzubringen. Uns genügt es, festzustellen, daß der Klassiker die ihm hier in den Mund gelegte „Konsequenz" nicht gezogen haben kann.

In ähnlicher Tendenz interpoliert ist die l. 20 § 1 D. 19, 5.

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum.

Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeres, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, [utrum pretium et merces an merces tantum. Et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta

[1]) Jhering in seinen Jahrbüchern 3 S. 464 fg.; Bechmann, Kauf II S. 102 fg.; III 1 S. 171 fg.; Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts S. 220.



an futura, ut si facta, pretium petatur, si futura merces, petatur. Sed non exprimit de actionibus. Puto autem, si quidem perfecta fuit emptio competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem].

Hier ist der präzis gefaßte Tatbestand zweifellos echt: Die zur Probe hingegebenen Tiere sind geraubt worden intra dies experimenti: das kann im Sinne des prägnant redenden Klassikers nur heißen: Bevor die Probe abgeschlossen, also bevor der tu einen endgültigen Geschäftswillen faßte und kundgab. Schon die Formulierung des Tatbestands zeigt, daß nach der Auffassung des Mela das Geschäft von diesem si placuissent oder displicuissent abhängig sein, also zunächst weder Kauf noch Miete unbedingt abgeschlossen war.

Die Probezeit diente nur der Vorbereitung des endgültigen Entschlusses des tu und sollte nur vergütet werden, wenn der tu den Kauf schließlich post dies experimenti ablehnte. Dadurch unterscheidet sich der Fall von dem bei Gajus (3, 146) berichteten, in dem die Hingabe der Gladiatorensklaven alsbald einem selbständigem Gebrauchsinteresse des tu dienen und darum auf alle Fälle von diesem sei es mit Mietgeld oder Kaufpreis vergütet werden mußte. Schon die Formulierung des Tatbestands bei Gajus läßt im Vergleich mit der des Mela diese verschiedene Parteiintention als dem Klassiker durchaus klar erkennen. Aber die trivialen, weitschweifigen Distinktionen im weiteren Verlauf der l. 20 § 1 citata wissen von der schon aus der knappen Formulierung des Tatbestands herausspringenden eigentlichen Rechtsfrage nichts mehr und verraten den seichten Kompilator. So schon die törichte Alternative utrum pretium e t m e r c e s an merces tantum. Selbst wenn die Tiere dauernd beim tu verblieben wären, käme nur pretium o d e r merces in Frage, Das Weitere verrät schon formell durch den Indikativ in der indirekten Frage, das typisch saloppe si facta und si futura ohne Subjekt und Kopula, die Stilarmut des zweimaligen petatur den Kompilator. Dazu kommt aber sachlich, daß die weitere Unterscheidung das intra dies experimenti des klassischen Tatbestands ignoriert und damit

das des Klassikers wahrhaft würdige Problem verdeckt, um uns die unerträgliche Plattheit zu bieten, daß die Frage ob Kaufpreis oder Mietzins davon abhängig sei, ob zur Zeit des Diebstahls schon emptio contracta, facta, perfecta war oder nicht.

Wir können nach dem früher über den aufschiebend bedingten Kauf Gesagten[1]) sowie den anderen nach dem Utilitätsprinzip gefundenen Entscheidungen[2]) vermuten, daß Mela-Ulpian auch in unserem Fall die Gefahr beim hingebenden Verkaufsinteressenten belassen[3]) und diesem auch für die bereits vor dem Diebstahl verflossene Zeit den Mietzins verweigert haben wird, weil die einheitliche Probezeit, deren der Käuferreflektant zur Entschlußfassung bedurfte, eine unteilbare Leistung darstellte. Aber diese feinen Probleme bestehen für den Juristen nicht, der im weiteren Verlauf der l. 20 § 1 das Wort führt. Der tadelt an Mela, daß er nicht über die actiones sich ausspreche, obwohl doch wirklich weder der Tatbestand noch gar die vorangegangene distinctio zwischen dem pretium der emptio iam contracta und der merces darüber einen Zweifel lassen konnte.[4]) Stilistisch fällt das absolut gebrauchte exprimere hier auf. Und nun wird mit puto[5]) und dem bekannten Tempus-, Modus- und Subjektwechsel si quidem perfecta fuit emptio und si vero nondum perfecta esset das erlösende Wort gesprochen, es komme dafür, ob der tu die gestohlenen Maultiere zu bezahlen habe, darauf an, ob die emptio perfecta war, sonst verbleibe es bei der actio talis qualis (!) adversus desultorem. Daß diese Perfektheit schon durch das intra dies experimenti des klassischen Tatbestands ausgeschlossen war, kümmert die Kompilatoren nicht, die jede Gelegenheit ergreifen, unbekümmert um den gedank-

[1]) Oben S. 83.

[2]) Custodia S. 178 Note 1, wo gegen Schluß statt l. 1 § 8 l. 18 D. 13, 6 zu lesen ist, S. 201 Note 2.

[3]) Entsprechend dem indischen Gewohnheitsrecht. Vgl. Steele, Law and custom of Hindoo Castes (London 1868) p. 280: Of animals dying accidentally while on trial, before payment of purchase money agreed on, the loss falls on the seller. Of those dying before the payment of purchase money, a time being specified after trial, the loss falls on the purchaser.

[4]) Gradenwitz, Interpolationen S. 139, dem im wesentlichen De Francisci, Synallagma I p. 298 fg. sich anschließt.

[5]) Nur diesen Schlußsatz verdächtigt Gradenwitz a. a. O. S. 139.

lichen Zusammenhang des Klassikers die Lehre der l. 8 pr. D. 18, 6 emptione perfecta periculum est emptoris anzubringen.

Auch aus l. 14 D. 23, 3 läßt sich die Lehre vom periculum entnehmen.

Ulpianus libro trigesimo quarto ad edictum.

Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in traditione in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto.

Die Stelle besagt, daß wenn die dos aestimata untergeht, nachdem die Frau mit der Übergabe in Verzug gekommen sei, die Frau nicht wie sonst nach Auflösung der Ehe die Klage auf die aestimatio geltend machen könne. Daraus folgt per argumentum e contrario, daß ohne den Leistungsverzug der Untergang der venditionis causa ästimierten Dotalsache der Frau den Kaufpreisanspruch nicht nimmt, mit anderen Worten, daß auch schon vor der Übergabe der Ehemann als quasi emptor das periculum trägt. So muß in der Tat die Stelle im Sinne der Kompilation verstanden werden, aber für das klassische Recht fehlt ihr jede Beweiskraft. Denn auch hier ist die Interpolation gewiß. Sprachlich ist der harte Subjektwechsel dederit, desierit verdächtig. Sachlich ist es undenkbar, daß Ulpian gesagt habe, die Ehefrau habe die Sachen bereits zur dos hingegeben (dederit) und wäre sodann mit der Übergabe in Verzug gekommen. Die Basiliken[1]) enthalten darum auch nur die letztgenannte Eventualität des Leistungsverzugs:

Εἰ μὲν ὑπέρθεσιν ἡ γυνὴ ποιήσει περὶ τὴν παράδοσιν τοῦ διατιμημένου πράγματος, καὶ φθαρῇ, οὐκ ἔχει περὶ αὐτοῦ ἀγωγήν.

Ein dazugehöriges Scholion erläutert den Tatbestand wie folgt:

Ἐὰν ἡ γυνὴ διατετιμημένον πρᾶγμα ἐπιδῷ λόγῳ προικὸς καὶ μετὰ τὴν ἐν τῷ προικῴῳ συμβολαίῳ γενομένην ἐπίδοσιν μόραν ἐν τῇ τραδιτίονι ποιήσῃ τοῦ πράγματος καὶ συμβῇ αὐτὸ φθαρῆναι, ἢ ἄλλως ἀπολέσθαι, οὐ δύναται τὴν ἐκ στιπουλάτου περὶ τούτου κινεῖν.

Danach verstehen die Byzantiner das dederit nur im Sinn von versprechen oder verschreiben im Mitgiftbestellungs-

[1]) Heimbach III 360.

vertrag, was für die klassische Terminologie undenkbar ist. Interessant ist, daß das Scholion sagt, die Frau könne die actio ex stipulatu nicht anstellen. Ist dies nicht im Sinn der Justinianischen Terminologie, sondern etwa mit Rücksicht auf eine klassische Vorlage gesprochen, so hätten wir einen Anhalt für den zugrunde liegenden klassischen Tatbestand. Aber über Vermutungen ist doch nicht hinauszukommen. Uns genügt, daß die Stelle heillos zerrüttet ist.

Nicht mehr Beweiskraft hat die unmittelbar folgende l. 15 D. 23, 3

Pomponius libro quarto decimo ad Sabinum.

Quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert, ac si tradidisset, quia quod evenit, emptoris periculo est.

Die Kompilatoren wollen die Stelle im Zusammenhang mit der eben erörterten Ulpianstelle verstanden wissen. Danach soll das si per eam non stetisset und Folgende nur bedeuten, falls auf ihrer Seite kein Leistungsverzug vorliegt, so trägt auch schon vor der Übergabe der Ehemann als Käufer die Gefahr der venditionis causa geschätzten Dotalsache. Aber in welchem Zusammenhang Pomponius gesprochen hat, ist aus der einen offenbaren Torso darstellenden Stelle nicht zu erkennen, selbst wenn gar nichts verändert wäre. Aber schon das Plusquamperfekt des Konjunktivs stetisset mit dem indicativus praesentis aufert im Nachsatz erregt Verdacht, ebenso daß der Klassiker den Ehemann einfach den Käufer genannt haben soll. Sachlich ergibt sich aus dem Bruchstück nicht einmal, daß von Dos und nicht von eigentlichem Kauf die Rede war, könnten wir es nicht aus der Inskription entnehmen.[1]) Die Vermutung ist gar nicht fernliegend, daß Pomponius im ursprünglichen Zusammenhang das per e a m non stetisset im Gegensatz zu einem Annahmeverzug des Ehemann-Käufers gemeint[2]) und darum diesem die Gefahr zugesprochen hat, ebenso wie Paulus in dem echten Beginn der l. 5 D. 18, 6. Dann wird auch verständlich, warum der Klassiker sagt, die Frau solle die aestimatio fordern dürfen, w i e w e n n s i e

[1]) Nach L e n e l, Paling. II 117 handelt des Pomponius 14. Buch ad Sabinum de jure dotium.

[2]) Belege für diese Ausdrucksweise später S. 146.

tradiert hätte. Auch Marcell[1]) gebraucht den Vergleich in dem Fall, daß das Schuldobjekt nach dem Annahmeverzug verlorengeht: Etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur si creditor accipere voluisset. Quare pro soluto id in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Es ist klar, daß die Kompilatoren diesen Gedankengang des Pomponius in der l. 15 nicht beibehalten dürfen, denn seine Prämisse war natürlich, daß im Regelfall erst mit der Tradition der Käufer die Gefahr trägt. Wie dem auch sei, jedenfalls ist das von den Kompilatoren stehengelassene ac si tradidisset von ihrem Standpunkt aus sinnlos. Denn wenn der Käufer schon mit dem Vertragsschluß die Gefahr trägt, so hat es keinen Sinn zu sagen, daß, falls Leistungsverzug der Frau nicht vorliegt, diese auch bei Verlust der Dotalsache die aestimatio fordern könne, wie wenn sie diese bereits tradiert hätte. Im Sinn der Byzantiner ist ja die geschehene Tradition ganz belanglos. Darum sind diese Worte schwerlich unecht. Im Gegenteil, sie geben als stehengebliebener Teil des Originalfragments[2]) ein wichtiges Indiz dahin ab, daß grundsätzlich im klassischen Recht die Gefahr auf den Käufer erst mit der Tradition überging.

Sehr viel zweifelhafter ist der ursprüngliche Zusammenhang des in l. 5 §§ 1 u. 2 D. 18, 5 überlieferten Julianbruchstücks, das im Sinne der Kompilation natürlich vom periculum emptoris verstanden werden muß.

Iulianus libro quinto decimo digestorum.

Emptio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit. Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: Quare nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt.

Schon Lenel[3]) hat den den jetzigen § 1 bildenden ersten Satz und den § 2 in selbständige Fragmente verwiesen.

[1]) l. 72 pr. D. 46, 3.

[2]) Ganz ebenso wie das echte claves emptoribus traditas in der überarbeiteten c. 2 § 1 C. 4, 48. Vgl. oben S. 117, oder die Erörterung des signare als Tradition in l. 15 § 1 i. f. D. 18, 6; l. 1 § 2 eod.

[3]) Paling. I, Julian 247. 248.

Jedenfalls ist klar, daß in der Originalschrift der jetzige § 2 nicht auf den § 1 unmittelbar gefolgt sein kann. Denn der § 2 spricht von dem Tod des verkauften Sklaven, ehe wir erfahren, daß überhaupt ein Sklave verkauft ist. Das ist für Julian nicht denkbar. Die Stelle ist also jedenfalls verkürzt, und schon damit verliert sie in der jetzigen Gestalt ihre Beweiskraft fürs klassische Recht. Selbstverständlich ist für jeden ernst zu nehmenden Juristen und nun gar für den Julian der l. 33 D. 19, 2 die These undenkbar, es sei nach dem Tod des verkauften Sklaven der Vertrag so zu behandeln, wie wenn der Sklave übergeben worden wäre[1]), nämlich der Verkäufer werde befreit und der Sklave gehe dem Käufer verloren. Ebenso undenkbar aber ist, daß der Klassiker mit quare aus dieser These abgeleitet hätte, es verblieben die actiones ex empto und ex vendito in Kraft, wenn nicht eine justa conventio vorläge. Nur an der Echtheit dieses dunklen nisi-Satzes zweifelt man seit Eisele. Aber m. E. ist sicher, daß niemals Julian das vorbehaltlos ausgesprochene manere der actio ex emto damit begründet haben kann, daß nach dem Tod des verkauften Sklaven der Vertrag so behandelt werde, wie wenn tradiert worden wäre. Die Ausflucht der Pandektenharmonistik, die actio ex empto bezöge sich hier auf das mitverkaufte Zubehör[2]) oder gar das stellvertretende commodum, ist doch gar zu gekünstelt und angesichts des Schweigens der Stelle als Meinung des präzis redenden Klassikers undenkbar, obwohl im Sinn des Tribonian darin sehr wohl ein verschämter Hinweis auf das cuius periculum eius commodum gesehen werden darf. Über den ursprünglichen Zusammenhang des heillos entstellten Fragments lassen sich nur Vermutungen wagen. Leugnet man den Zusammenhang mit dem contrarius consensus, dessen Be-

[1]) Unhaltbar Arnò, La teorica del periculum rei venditae Nr. 13, der an ein constitutum possessorium denkt. Hiergegen schon zu Recht Schulz, Kr. V.-Schr. 1912 S. 49 Note 53, dessen eigene Annahme (siehe auch Note 49), es sei in der Stelle nicht gesagt, daß der Verkäufer auch den Preisanspruch behalte, ich mit Rücksicht auf das perinde habenda est ac si traditus fuisset und actiones ex vendito manebunt, nicht teilen kann.

[2]) Cujazii opera VI p. 96.

trachtung Julian jedenfalls nicht mit dem principium, sondern dem § 1 der l. 5 citata begonnen haben wird, so bleibt auch hier wie für die vorangegangene Stelle die von den Kompilatoren unterdrückte Annahme eines Annahmeverzugs des Käufers die nächstliegende Erklärung. Natürlich ist dann im letzten Satz die actio ex emto zu streichen. Läßt man den Zusammenhang mit den übrigen Teilen der jetzigen l. 5 bestehen, so wäre denkbar, daß Julian gesagt habe, nach dem Tod des Sklaven sei so wenig Raum für den contrarius consensus, wie wenn res secuta, d. h. der Sklave bereits tradiert wäre, da hier wie dort actiones ex empto non manebunt.

Einen klaren Beleg für das periculum emptoris im Recht der Kompilation enthält auch die l. 34 § 6 D. 18, 1.

Paulus libro trigesimo tertio ad edictum.

Si emptio ita facta fuerit: est mihi emptus Stichus aut Pamphilus, in potestate est venditoris, quem velit dare, [sicut in stipulationibus: Glossem?] sed uno mortuo qui superest dandus est. [et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed si pariter decesserunt, pretium debebitur. Unus enim utique periculo emptoris vixit]. Idem dicendum est etiam, si emptoris fuit arbitrium, quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut quem voluisset emptum haberet, non et illud, an emptum haberet.

Die in Klammern gesetzten Teile, die vom periculum handeln, sind Einschiebsel der Kompilatoren, wie sich aus folgenden sachlichen Erwägungen ergibt. Im ersten Satz entnimmt Paulus aus dem wiedergegebenen Vertragsinhalt ein Wahlrecht des Verkäufers und erklärt, daß nach dem Tod des einen Sklaven der andere zu leisten sei. Mit anderen Worten: Der Verkäufer hat zwar, solange beide Sklaven vorhanden sind, das Recht auszuwählen, welchen er dem Käufer für den gerade für ihn vereinbarten Kaufpreis geben will, aber nach dem kasuellen Untergang eines von ihnen bleibt ihm keine Wahl, er kann nun nicht den anderen Sklaven für sich behalten, sondern muß diesen zum für ihn vereinbarten Preis dem Verkäufer überlassen. Hierauf soll nun Paulus fortgefahren haben: Und deshalb ist die Gefahr hinsichtlich des früheren — ergänzt werden kann nach

dem Vorangegangenen nur: Sklaven — beim Verkäufer, hinsichtlich des späteren beim Käufer; periculum servi soll hier natürlich bedeuten: Der durch den Tod des Sklaven für einen der Beteiligten eintretende Vermögensverlust. Hier ist zunächst die Bezeichnung „früheren“ für den kürzer lebenden und „späteren“ für den überlebenden Sklaven unlogisch — Paulus sagt kurz und treffend is qui superest — für den sogenannten posterior. Aber auch die Anknüpfung mit dem häufig eine Interpolation einleitenden et ideo [1]) ist unlogisch. Nicht deshalb, weil der Verkäufer nach dem Tod des einen den anderen leisten muß, trifft ihn der Nachteil dieses Todes, sondern weil er ohne Ersatz sein Eigentum einbüßt. Dieser Nachteil träfe ihn aber auch, wenn er nach dem Tod des einen den anderen für sich behalten dürfte, da er ja selbstverständlich auch in diesem Fall für den toten von dem Käufer kein Entgelt bekäme.

Verdächtig ist aber weiter, daß der Klassiker das Bedürfnis gehabt haben sollte, den im ersten Satz klar formulierten Rechtsgedanken unter Verwendung des zur weiteren Klarstellung mindestens nichts beitragenden Begriffs vom periculum noch einmal wiederzugeben: Das ist die Weise des doktrinären Schulmeisters, der seine Schulbegriffe erproben und verwenden will, aber nicht des genialen Praktikers Paulus. Verdächtig ist weiterhin, daß dieses et ideo nicht bloß zur Anknüpfung der bloßen Paraphrase [2]), sondern zugleich auch eines neuen Tatbestands und durch ihn gegebenen vollkommen neuen Problems verwandt worden sein soll, das in dem periculum posterioris ad emptorem respicit seine Lösung findet. Das kann nur heißen: Stirbt nun nachträglich auch der zweite Sklave, so trifft der Schaden seines Todes den Käufer, d. h. dieser muß trotzdem zahlen und zwar — gesagt ist dies freilich alles nicht — auch wenn der Tod vor der Übergabe eintritt. Ein Klassiker hätte den völlig neuen Gedanken niemals in so künstlich doktrinärer Form wiedergegeben. Bisher war nur von den Verpflichtungen des Verkäufers die Rede, die auch nach dem Tod

---

[1]) Seckel bei Heumann s. h. verbo mit Zitaten.

[2]) Eine Parallele für diese Verwendung von et ideo durch die Byzantiner bildet der Beginn der l. 26 D. 17, 2.

eines Sklaven bestehen bleiben, nun bedeutet plötzlich im selben Satz periculum das Freiwerden des Verkäufers von jedweder Pflicht und das Bestehenbleiben der Pflichten des Käufers. Daß freilich wirklich periculum posterioris nun nicht nur das Verlieren des Anspruchs gegen den Verkäufer, sondern zugleich auch das Bestehenbleiben der Zahlungspflicht des Käufers bedeutet, ergibt sich erst indirekt aus dem späteren, von einem dritten Tatbestand gesagten sed et pretium debebitur. Aber gerade dieses Gebrauchen des Worts periculum in diesem letzteren Sinne, als sei der Ausdruck eindeutig, ist für die Kompilatoren charakteristisch. Wir haben dieselbe Methode schon in der l. 8 pr. D. 18, 6 gefunden, wo die Bedeutung des so wichtig angekündigten Schlagworts erst gegen Schluß der Stelle aus den Worten et quod pretii solutum est repetetur erhellt, ebenso wie der zurechtgemachte Kodextitel 4, 48 erst zum Schluß des letzten Fragments die praktische Bedeutung des periculum emptoris enthüllt, ähnlich dem interpolierten Gajus der l. 35 § 5 fg. D. 18, 1, der erst ganz gelegentlich im § 7 etwas von der praktischen Bedeutung der vorher langatmig erörterten emptio perfecta (eben für das periculum) verlauten läßt. In unserer l. 34 § 6 ist die Anknüpfung mit ideo jetzt wenigstens verständlich: Weil durch den Tod des einen Sklaven die Verpflichtung des Verkäufers nicht zusammenfällt, sondern auf den übrigbleibenden sich konzentriert, so muß der Käufer jetzt das periculum tragen. Mit anderen Worten: mit dem ideo wird hier das periculum emptoris der l. 8 pr. D. 18, 6 als ein feststehendes Dogma von dem angeblichen Paulus vorausgesetzt. Das ist zwar nicht von dem uns bekannten Standpunkt des Paulus der l. 13, 15 D. 18, 6 und der Sentenzen 2, 31, 17, aber doch von dem der Byzantiner begreiflich. Aber die im folgenden für den Fall des gleichzeitigen Versterbens beider Sklaven gegebene Entscheidung pretium debebitur muß selbst von diesem Standpunkt aus befremden. Denn liegt etwa hier im Sinn der l. 8 pr. D. 18, 6 emptio perfecta vor? Kann man vor der Ausübung der Wahl oder sonstigen Konzentration sagen: id quod venierit, apparet quid quale quantum sit? Zur Begründung soll Paulus gesagt haben: Unus enim utique periculo emptoris vixit. Aber

kann diese doktrinäre Entscheidung wenigstens dann einleuchten, wenn man die Entscheidung der l. 35 §§ 5—7 D. 18, 6 erwägt? Wenn das Kaufobjekt beim Kauf ad mensuram objektiv eindeutig nach quid quale quantum fixiert ist und nur persönliche Unwissenheit über das quantum bei den Parteien besteht, so ist emptio imperfecta und der Untergang geht auf Gefahr des Verkäufers, ebenso wenn von einem bestimmten Vorrat ein bestimmtes Teilquantum verkauft ist und der Gesamtvorrat untergeht. Hingegen soll, wenn der Sklave a oder b verkauft ist, der Käufer zahlen müssen, wenn a und b gleichzeitig untergehen, weil unus utique periculo emptoris vixit, d. h. doch wohl, weil damit auch das eine der beiden Objekte untergegangen sei, das gewählt worden wäre und dann auf Gefahr des Käufers gestanden hätte. Aber ist nicht mit dem Untergang des Gesamtvorrats auch die Teilmenge mit untergegangen, die der Verkäufer der l. 35 § 7 D. 18, 1 bei aller Berücksichtigung der möglichen Variationen hätte ausscheiden und damit zur Gefahr des Käufers verstellen müssen? Vergeblich hat die Pandektenlehre sich bemüht, die Verschiedenheit der Entscheidung im Fall des beschränkt generischen und des Alternativkaufs zu erklären. Hier versagt nicht nur die Erwägung der Billigkeit, sondern auch die abstrakte Formulierung der Byzantiner von der emptio perfecta im Beginn der programmatischen l. 8 pr. D. 18, 6. Der gekünstelte Doktrinarismus der Begründung unus enim utique periculo emptoris vixit enthüllt sich aber am klarsten, wenn man unterstellt, daß für den Stichus und Pamphilus, die nach Wahl des Verkäufers verkauft sind, verschiedene Kaufpreise festgesetzt waren. Dieser doch gewiß sehr naheliegende Fall fällt selbstverständlich auch unter das von Paulus wiedergegebene Vertragsschema. Nur ein Kompilator und die blind den Gesetzestext verehrende Pandektenlehre konnte dieses übersehen oder gar die befremdliche Lehre aussprechen, bei verschiedenem Preis läge gar keine Wahlschuld vor.[1]) Sollte

---

[1]) Gegen diese von Pescatore, Alternativobligation S. 91 und Bechmann, Kauf II S. 466 Anm. 3 vertretene Lehre treffend Litten, Wahlschuld S. 105 und Pescatore selbst, Wahlschuldverhältnisse S. 143 fg.

der Käufer für den Stichus 100, für den Pamphilus 200 zahlen, hatte dann der Käufer nach dem gleichzeitigen Tod beider 100 oder 200 dem Verkäufer zu entrichten? Das unus utique gibt keine Lösung, die uns der Klassiker niemals vorenthalten hätte, wenn für ihn das ganze Problem überhaupt hätte auftauchen können. Er erwähnt in seinem Vertragsschema die Höhe des Kaufpreises für die zur Wahl stehenden beiden Sklaven gar nicht, weil er überhaupt nur das Wahlrecht des Verkäufers als jus dispositivum und sodann die Konzentrationswirkung durch den natürlichen Untergang der einen Kaufsache bei Wahlrecht des einen oder anderen Teils behandelt. Hier ist ihm ebenso gewiß, daß der Käufer den für den am Leben gebliebenen Sklaven bestimmten Preis bezahlen muß, wie ihm selbstverständlich ist, daß der Käufer im Fall des Sterbens beider Sklaven vor der Übergabe, sei es nacheinander, sei es gleichzeitig, überhaupt keinen Kaufpreis zu entrichten hat. Erst die Kompilatoren sind es, die den einfachen Gedankengang des Klassikers durch die Einschiebung dieser zur Erörterung ihrer unglücklichen Periculum-Lehre Raum gebenden Eventualitäten verwirren und von seinem Ausgangspunkt entfernen. Die logischen Schnitzer und Unklarheiten, die hierbei vorkommen, lassen über die Herkunft dieser Erörterungen keinen Zweifel, die man zu Unrecht bisher für die Kenntnis des klassischen Rechts herangezogen hat.

Rabel[1]) hält die Entscheidung unserer Stelle für sehr erklärlich, weil es sich hier ebenso wie bei der Weinverschlechterung um „innere Veränderungen" handele im Gegensatz zu den „von außen kommenden zufälligen Ereignissen". Aber diese Zusammenstellung dieser beiden Fälle begegnet nirgends bei den Klassikern, noch scheint sie mir sachlich gerechtfertigt. Schlägt der gekaufte junge Wein um, den der Käufer nicht oder mit unrichtigem Urteil geprobt hat, so schiebt ihm der Gajus der ursprünglichen l. 16 D. 18, 6 die Gefahr zu, weil solche Veränderungen in der Natur der Kaufsache enthalten sind, und somit der Käufer de se queri debet. Aber weder in der l. 34 citata noch sonst bei Er-

[1]) Grundzüge S. 483 unten. Siehe auch schon ähnlich Schulz, Kr.V.-Schr. 1912 S. 71 und oben S. 99[3].

örterung der Gefahrlehre[1]) wird darauf Wert gelegt, ob der Tod des verkauften Sklaven auf inneren Veränderungen (Altersschwäche, Krankheit) oder auf äußerem Unglücksfall[2]) (Naturereignis, Delikt) beruht, wenn der Verkäufer für haftfrei und der Käufer für verpflichtet erklärt wird, trotzdem den Kaufpreis zu zahlen.

Auch auf die l. 11 pr. D. 21, 2 von Paulus könnte man sich zum Beweis für die Klassizität des periculum emptoris berufen.

Paulus libro sexto responsorum.

Lucius Titius praedia in Germania trans Rhenum emit et ⟨Paulus: possessione tradita⟩ partem pretii intulit. Cum in residuam quantitatem heres emptoris conveniretur, quaestionem rettulit dicens has possessiones ex praecepto principali partim distractas partim veteranis in praemia adsignatas. Quaero an huius rei periculum ad venditorem pertinere possit. Paulus respondit [futuros casus evictionis post contractam emptionem] ⟨id quod post traditionem accidisset⟩ ad venditorem non pertinere et ideo secundum ea quae proponuntur ⟨proponerentur⟩ pretium praediorum peti posse.

Seit alters hat man die Ähnlichkeit des Falls mit dem der l. 33 D. 19, 2 erkannt, und die verzweifeltsten Vereinigungsversuche sind mit Rücksicht auf die disparaten Entscheidungen gemacht worden. M. E. kann an der Unechtheit der Paulus-Entscheidung kein Zweifel sein. Im höchsten Maß befremdlich ist zunächst, daß in dem recht detaillierten und gewiß echten Tatbestand der l. 11 pr. und ebenso in der tatsächlich präzis begründeten Einwendung des beklagten Käufererben, anders als wie in der l. 33 citata[3]) und der l. 64 pr. D. 21, 2[4]) jede Bemerkung darüber fehlt, ob der Verkäufer überhaupt und zu welcher Zeit er seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag erfüllt, ob die öffentlich-

[1]) Anders bei der Custodiahaftung. Da sind Veränderungen durch Altersschwäche, Krankheit, ebenso wie die vis latronum Exkulpationsgrund: l. 5 § 4 D. 13, 6.

[2]) Das ex praeterito vitio in der c. 6 C. 4, 48 bezieht sich nur auf die Frage, ob die Krankheit schon zur Zeit des Verkaufs bestand, weil dann der Verkäufer nach dem Ädilenedikt gehaftet hätte.

[3]) isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit ..

[4]) Vgl. später S. 150 fg.

rechtliche Entziehung der verkauften Grundstücke vor der Tradition noch sein Eigentum, oder nach geschehener Tradition das Eigentum des Käufers oder dessen Erben betroffen habe. Es ist m. E. ausgeschlossen, daß der Klassiker diesen Punkt völlig übergangen hat, während er uns doch mitteilt, daß der Käufer alsbald einen Teil des Kaufpreises erlegt und sein Erbe sich hinsichtlich des Restes habe verklagen lassen. Aus der echten Einwendung des Beklagten kann aber m. E. mit ziemlicher Sicherheit entnommen werden, daß der kaiserliche Eingriff sich erst nach der Tradition der Grundstücke in Germanien ereignete. Hätte aus diesem Grund der klagende Verkäufer den Käufer oder seinen Erben überhaupt nicht in den Besitz des verkauften Lands haben setzen können, so hätte der Beklagte sich gewiß darauf beschränkt, die Kaufpreisweigerung mit dem Mangel der Tradition zu begründen, aber die detaillierten Gründe dieser Unterlassung darzulegen, dem Verkäufer überlassen, der dazu dann wohl auch allein imstande gewesen wäre, jedenfalls daran allein interessiert sein konnte. Ist diese unsere Annahme zutreffend, so hat Paulus im Endergebnis ebenso wie in der jetzigen Fassung des Fragments entschieden und die Entscheidung entsprechend der l. 33 D. 19, 2 von Julian-African und seiner eigenen aus der l. 13 und 15 D. 18, 6 sowie aus den Sentenzen uns bekannten Haltung auf die bereits geschehene Tradition gestützt. Es ist klar, daß die Kompilatoren diese Begründung ausmerzen mußten. Sie haben darum jeden Hinweis auf die erfolgte Übergabe in dem Tatbestand und der Entscheidung gestrichen und die Gelegenheit benutzt, um ihr periculum emptoris auch für den Fall zu betonen, daß dem Verkäufer durch Eingriff der Staatsgewalt die Übergabe der Kaufsache unmöglich würde. Aber die Form, in der sie diesen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen, läßt an seinem Ursprung keinen Zweifel. Paulus kann nicht gesagt haben: Futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere. Denn wenn dem Verkäufer post contractam emptionem, aber vor der Tradition durch kaiserlichen Machtspruch die Kaufsache entzogen wird, so ist das keine evictio.[1])

[1]) Schulz, Kr. V.-Schr. 1912 S. 50.

Futuros[1]) casus evictionis ist mehr als ungelenk, denn, wie Schulz treffend bemerkt, „zukünftig nach Abschluß des Kaufvertrags sind schließlich alle Eviktionsfälle". Gemeint sind aber alle nach Kaufabschluß[2]) eintretenden Entziehungen, die für den Verkäufer casus darstellen im Sinn der Byzantiner, das heißt durch alle Sorgfalt nicht abwendbar sind. Das futuros soll aber wohl ebenso wie das post contractam emptionem sich auf die Gründe der Entziehung beziehen; obwohl es auch so neben dem post contractam emptionem, dessen sprachliche Beziehung (auf casus oder auf pertinere) unklar ist, überflüssig bleibt. Der Verkäufer soll nicht dafür einzustehen haben, wenn nach dem Kaufabschluß von ihm nicht verschuldete Ereignisse eintreten, die die Übergabe der Kaufsache unmöglich machen oder dem Käufer den Besitz wieder entziehen. Während nun aber damit nichts anderes gesagt zu sein braucht, als daß der Käufer nicht sein volles Interesse an dem Haben oder Behalten der Kaufsache mit actio emti begehren könnte, falls das Unvermögen des Verkäufers erst nachträglich eintritt, ein Gedanke, dessen Klassizität aus der l. 33 D. 19, 2 schon hervorgeht, wird nun im schärfsten Widerspruch zu der Entscheidung Julian-Africans mit dem verdächtigen et ideo fortgefahren secundum ea quae proponuntur (proponerentur?) pretium praediornm peti posse. Gerade dieses et ideo ist hier nach den klassischen Unterscheidungen des Umfanges der actio emti, je nachdem den Verkäufer oder Vermieter an der Nichtlieferurg ein Verschulden trifft oder nicht, unmöglich. Wenn Julian in l. 33 citata gelehrt hatte,

[1]) Statt dessen mit Schulz fortuitos zu lesen, weil die Basiliken (19, 11, 11) (Heimbach, Suppl. 1846 p. 283) setzen: *αἱ γὰρ μετὰ τὴν πρᾶσιν συμβαίνουσαι τυχηραὶ τῆς ἐκνικήσεως αἰτίαι πρὸς τὸν πράτην οὐ φέρονται,* liegt weder für den justinianischen, geschweige für den klassischen Text genügender Anlaß vor. In der Basilikenstelle wird übrigens nur dem Käufer (*σύ*) die Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises abgesprochen: *Οὐκ ἔχεις ἐπὶ τῷ τιμήματι ἀγωγήν.* Trotzdem ist die Klage des Verkäufers in der l. 11 weder sprachlich noch sachlich zu beanstanden.

[2]) Nicht nach Übergabe, wie Bechmann, Kauf III 1 S. 166 Note 2 annimmt. Das post contractam emptionem ist keine „inkorrekte Ausdrucksweise" (Bechmann), sondern bewußte Änderung des klassischen Gedankens, wie er uns sonst noch enthalten ist.

daß auch bei kasueller Unmöglichkeit der Leistung der Verkäufer oder Vermieter wenigstens auf Rückgabe des Kauf- oder Mietpreises hafte, oder in l. 11 § 18 D. 19, 1 einen vertragsmäßigen Ausschluß der Eviktionshaftung dahin auslegte, daß dennoch von seiten des Verkäufers pretium quidem deberi re evicta utilitatem non deberi, so kann unmöglich Paulus gesagt haben, daß der Verkäufer deshalb, weil er bei kasueller Entziehung nicht aufs Interesse hafte, auch noch den Restkaufpreis einklagen dürfe. Daß vielmehr die Julianische Unterscheidung zwischen Interessehaftung und Kaufpreisanspruch auch dem Paulus vertraut ist, ergibt seine Entscheidung in Vat. 94 (l. 49 § 1 D. 24, 3).

Paulus libro 7 responsorum.

Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa fiduciae ablatus est. Quaero, an mulier, si aestimationem dotis repetat, exceptione submovenda sit; ait enim se propterea non teneri, qnod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non extitit. Paulus respondit pro praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse, quae tamen officio iudicis rei uxoriae continetur. Poterit mulieri prodesse hoc quod ait se patri heredem non extitisse, si conveniretur; amplius autem et consequi eam pretium fundi evicti evidens iniquitas est, cum dolus patris ipsi nocere debeat.

Erst die Byzantiner sind es, die diese beiden Fragen miteinander verquicken und auch für die Frage, ob der Käufer, der nichts empfängt, auch noch den Kaufpreis zahlen oder dauernd entbehren muß, das Verschulden des Verkäufers entscheiden lassen. Praktisch hätte das die Folge, daß nur ursprüngliches oder nachträgliches verschuldetes rechtliches Unvermögen des Verkäufers zur Leistung den Käufer von der Zahlung des Kaufpreises befreite. Wie fremd solche Unterscheidungen den Klassikern waren, dafür liefert neben der l. 33 D. 19, 2 und Vat. 94 auch Papinian in fragmenta Vaticana 12 einen deutlichen Beweis.

Ante pretium solutum domini quaestione mota pretium emptor restituere non cogetur, tametsi maxime fidejussores evictionis offerantur, cum ignorans possidere coe-

perit. Nam usucapio frustra complebitur anticipata lite nec oportet evictionis securitatem praestari, cum in ipso contractus limine dominii periculum immineat.

Die bloße Tatsache der drohenden Eviktion, aus welchen Gründen auch immer diese drohen mag, genügt schon, um den Kaufpreisanspruch zunächst zu vereiteln. Erst die Kompilatoren[1]) lassen ihn in der interpolierten l. 19 § 1 D. 18, 6, die sie recht charakteristisch in den Digestentitel de periculo et commodo rei venditae aufnehmen, zu, wenn der Verkäufer Sicherheit leistet.

Einen der l. 11 pr. citata ähnlichen Rechtsgedanken enthält auch die c. 1 des entsprechenden Kodextitels de periculo et commodo rei venditae 4, 48.

Imp. Alexander A. Iuliae Secundinae.

Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum, quod rei venditae contingit, ad emptorem pertinet. Auctor enim ex his tantum causis suo ordine tenetur, quae ex praecedente tempore causam evictionis parant, et ita si ei denuntiatum est, ut causae agendae adesset, et non absente emptore contra eum pronuntiatum est. (a 223.)

Was in diesem Reskript zunächst auffällt, ist sein vollkommen abstrakt lehrhafter Inhalt, der als praktische Entscheidung kaum denkbar erscheint. Vorangestellt wird gleichsam programmatisch die Lehre, daß post perfectam venditionem omne commodum et incommodum den Käufer treffe. Da aber jede Andeutung des Tatbestands fehlt, auf den dieser Lehrsatz angewandt werden soll, so müssen wir froh sein, aus dem zweiten Satz, der die Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers wegen Eviktion (auctoritas?) aufzählt, mühsam erschließen zu können, daß das incommodum im ersten Satz als eine Eviktion der Kaufsache aus Gründen zu denken ist, die nicht ex praecedente tempore, sondern post perfectam venditionem eingetreten sind. Ein

[1]) Schwerlich schon Diokletian in der c. 24 C. 8, 44. Denn diese lehnt sich nach Form und Inhalt ganz an Papinian an, auf den wohl auch das iuris auctoritate monstratur hindeutet. Danach dürfte das si talis ei non offeratur eingeschoben sein. So auch schon Costa, Papiniano IV S. 114 Note 7. Anders Rabel, Haftung S. 83 fg.



solches incommodum also quod rei venditae contingit, soll post perfectam emptionem ad emptorem pertinere, ganz ebenso wie die futuros casus evictionis nach dem Pseudopaulus der l. 11 pr. cit. post contractam emptionem ad venditorem non pertinere. Was es mit diesem ad emptorem pertinere praktisch auf sich hat, wird zwar in der schemenhaften „Entscheidung“ der c. 1 citata nicht so deutlich ausgesprochen, wie in dem et ideo-Satz der l. 11 pr., aber der Leser der Kompilation weiß ja längst aus unzweideutigen Aussprüchen des Kaisers [1]), daß aus dem Lehrsatz zu Beginn unserer c. 1 nicht nur die Pflicht des Verkäufers abgeleitet wird, die ihm emptione perfecta durch Schädigung der Kaufsache erwachsenden Ansprüche an den Käufer abzutreten, sondern auch — worauf es hier ankommt — die Fortdauer der Pflicht des Käufers, den Kaufpreis zu entrichten. Schließlich ist es ja auch nicht ohne Absicht, daß die Kompilatoren den einschlägigen Titel des Kodex de periculo et commodo rei venditae eben mit unserer Stelle beginnen lassen, indem freilich nach der uns schon seit der l. 8 pr. D. 18, 6 sattsam bekannten Manier erst in dem Schlußfragment der c. 6 die praktische Tragweite des periculum emptoris durch das solutionem emptor pretii non recte recusat deutlich enthüllt wird. Danach ergibt sich zwar nicht aus dem verworrenen Inhalt der c. 1 für sich genommen, wohl aber für den Leser der Kompilation darüber kein Zweifel, daß unsere Stelle dem Käufer die Pflicht, den Kaufpreis zu zahlen, auferlegen will, wenn ohne Verschulden des Verkäufers nach Eintritt der emptio perfecta im Sinn der l. 8 pr. D. 18, 6, l. 35 §§ 5—7 D. 18, 1 ein Ereignis eintritt, das dem Käufer das Empfangen oder Behalten der Kaufsache unmöglich macht. Auch in der ungelenken Art, in der diese nachträglichen Eviktionsgründe hier lehrhaft formuliert werden, bildet das Pseudoreskript des angeblichen Alexander Severus der c. 1 citata eine Parallele zu dem Pseudopaulus der l. 11 pr. D. 21, 2. Hier die futuri casus evictionis post contractam emptionem, dort die hae tantum causae, quae ex praecedente tempore

[1]) Inst. 3, 23, 3; l. 11 § 9 D. 43, 24; l. 31 D. 19, 1; c. 1 § 9 c. C. 5, 13; Custodia S. 315 fg.



causam evictionis parant. Formell fällt in der c. 1 noch auf, daß zum Schluß ei sich auf den Verkäufer bezieht, gleich danach aber eum auf den Käufer bezogen werden muß. Nach alledem scheint mir kein Zweifel daran, daß der ursprünglich vielleicht nur von der actio auctoritatis handelnde Inhalt der c. 1 von den Kompilatoren in heilloser Art entstellt ist, um die Anwendung ihres periculum emptoris auch auf Fälle juristischer Unmöglichkeit von vornherein im Titel sicherzustellen.

Im Sinn der Kompilation sind auch die c. 4 und 6 C. 4, 48 vom periculum emptoris zu verstehen. Zunächst

Imp. Gordianus A. Silvestro militi.

Cum inter emptorem et venditorem contractu sine scriptis inito de pretio convenit moraque venditoris in traditione non intercessit, periculo emptoris rem distractam esse in dubium non venit.

Abgesehen von dem bereits von Accursius erkannten Einschiebsel contractu sine scriptis inito[1]) fällt formell an der Stelle höchstens die ungewöhnliche[2]) Anfügungsart moraque non intercessit auf. Aber nach dem jetzigen Beweisstand in der Echtheitsfrage des periculum emptoris wird man aus dem Fragment Schlüsse zugunsten der Echtheit nicht mehr ziehen dürfen. Denn das Ergebnis unserer Untersuchung zwingt einfach zur Annahme einer Veränderung, etwa entsprechend der der l. 11 pr. D. 21, 2, der Streichung der ursprünglich vermerkten Tradition und Ersetzung durch den que-Satz[3]), falls nicht gerade dieser que-Satz echt ist und mit ihm gesagt sein soll, daß die Tradition durch das Verhalten des Käufers verzögert worden ist. Vgl. Javolen in l. 105 D. 45, 1.

Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari: cum Damam dares, ego quo minus acciperem in mora fui. Mortuus est Dama. An putes me ex stipulatu actionem habere? respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse. Nam is recte existi-

---

[1]) Vgl. Justinian in c. 17 C. 4, 21 und Inst. 3, 23, 3 im Anfang und Arnò in Mélanges Fitting S. 29 fg.

[2]) Stolz-Schmalz, Lat. Grammatik Ziffer 235. 240.

[3]) So vermutet Arnò.

mabat si per debitorem mora non esset quominus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.

In derselben Bedeutung von Verzug des Gläubigers[1]) oder sonst zur Annahme Befugten ist auch zu verstehen das per te (Schuldner) non staret quominus traderet des Proculus in der l. 36 D. 2, 14, das quia non staret per eum (nämlich statuliberum) quominus daret des Paulus in l. 20 § 3 D. 40, 7 und besonders deutlich das cum per te non stetisse proponas quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres der Kaiser Septimius Severus und Caracalla in der l. 19 § 9 D. 19, 2. Sind die Worte moraque venditoris non intercessit in der l. 4 citata gleichfalls von Annahmeverzug des Käufers zu verstehen, so entspicht das periculum emptoris natürlich dem klassischen Recht, wie es aus l. 15 D. 23, 3 und dem Beginn der l. 5 D. 18, 6 hervorgeht.

Das gleiche gilt von der c. 6 C. 4, 48.

Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Aurelio Cyrillo.

Mortis casus ancillae distractae etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam non ad venditorem sed ad emptorem pertinet, et hac non ex praeterito vitio rebus humanis exempta solutionem emptor pretii non recte recusat.

Hätte Diokletian etwas davon gewußt, daß grundsätzlich schon mit dem Abschluß des Kaufvertrags der Käufer die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache trage, so wäre seine besondere Betonung, daß nicht den Verkäufer, sondern den Käufer auch schon vor der Tradition, falls diese ohne Verzug des Verkäufers hinausgeschoben sei, die Gefahr treffe, unverständlich. Dieses Hinausschieben der Tradition sine mora venditoris kann kaum anders als vom Annahmeverzug des Käufers verstanden werden, dessen Hervorhebung im Reskript zwar vom Standpunkt der l. 8 pr. D. 18, 6 als für das periculum emptoris völlig irrelevant sinnlos erscheinen müßte, sofort aber verständlich ist, falls man die dem Kaiser natürlich vertraute klassische Anschauung zugrunde legt, nach der ebenso

[1]) Vgl. Gradenwitz in Sav.-Zeitschr. 34 S. 268.

wie z. B. nach dem altindischen Kaufrecht[1]), den deutschen Stadtrechten[2]) und heute nach § 324 Abs. 2 BGB. grundsätzlich vor geschehener Tradition nur ein auf dem Verhalten des Käufers beruhender Aufschub der Tradition diesem die Gefahr aufbürdete. So enthält dieser besondere Hinweis Diokletians auf die Irrelevanz des Fehlens der Tradition im konkreten Fall des Annahmeverzugs einen ebenso deutlichen Fingerzeig für die grundsätzliche Erheblichkeit der Tradition für das periculum emptoris[3]) nach klassischer Lehre wie die Betonung der Schlüsselübergabe in c. 2 § 1 h. t. oder das nicht minder verräterische ac si tradidisset in der l. 15 D. 23, 3[4]) oder die Kennzeichnung der signare als Tradition in l. 15 § 1 i. f. und l. 1 § 2 D. 18, 6.

Auch die c. 5 desselben Titels de periculo et commodo rei venditae enthält das periculum emptoris.

Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Aurelio Leontio. Cum speciem venditam per violentiam ignis absumptam dicas, si venditionem nulla condicio suspenderat, amissae rei periculum te non adstringit.

P. P. III non. Nov. Atubino, Diocletiano A. II et Aristobulo conss.

Aus dem Torso der Fragm. Vat. 23 ergibt sich, daß jedenfalls Veränderungen nachträglich vorgenommen worden sind.

Dioclet[ianus] Aurelio [Leontio. Cum speciem venditam vio]lentia ignis, qui nunc per poc — grassatus est [absump]tam dicas, si vendition[em nulla conditio suspenderat, amissae rei periculum] te non adstringet. Propositio [III non. Nov. Atubino Diocletiano Aug. II et Aristobulo conss.].

Im Kodex ist der Relativsatz qui nach ignis ganz unterdrückt, die Differenz adstringit anstatt adstringet der Vat.

[1]) Vgl. später § 10 zum Schluß.

[2]) Vgl. Stobbe, Zur Gesch. des deutsch. Vertragsrechts S. 277 fg.

[3]) Ein weiteres Beispiel in der l. 64 D. 21, 2. Vgl. später S. 148.

[4]) Arnò (Studi in onore di Brugi p. 154 fg.) gründet die angebliche Unechtheit auf die mit Rücksicht auf die Unterschiede der Datierung nicht erwiesene Annahme, daß c. 16 C. 4, 49 und unsere Stelle ursprünglich ein Reskript gebildet hätten. Gegen Arnò auch Schulz, Kr. V.-Schr. 1912 S. 48 Note 52.

könnte auf einem Abschreiberversehen beruhen. Für uns kommt alles auf die Echtheit des zwischen vendition- und te im Kodex Enthaltenen an. Hier entspricht das suspenderat nach dem Futur adstringet nicht ganz dem guten Stil der kaiserlichen Kanzlei, aber auch die doktrinäre Betonung des Fehlens irgendeiner Bedingung nach dem unbedingt redenden speciem venditam (sehr farblos!) für ein Reskript befremdend.[1]) Jedenfalls fehlt bei dieser Sachlage ein irgendwie sicherer Anhalt[2]) dafür, daß dieser Teil der Kodex-Version dem Original entsprochen hat.[3]) Die zweifellos veränderte Kodexstelle bringt, selbst abgesehen von unseren sonstigen Ergebnissen über die Tendenzen der Kompilation, keinerlei Beweis für die Klassizität des periculum emptoris.

Dasselbe gilt aber schließlich auch für die Sätze, mit denen die Verfasser der Institutionen Justinians die neue Lehre vom periculum emptoris aufgenommen haben.[4])

> Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus si fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem

---

[1]) Vgl. auch Arnò in der in Note 2 zitierten Abhandlung S. 78 und gegen ihn m. E. nicht überzeugend Schulz, Kr. V.-Schr. 1912 S. 47 Note 47.

[2]) Natürlich auch für andere Rekonstruktionsversuche, wie z. B. den Arnòs in Memorie della R. Academia di science, in Modena Serie III vol. 9 p. 73 (1910): Si venditionem traditio nondum secuta est.

[3]) Ganz anders Schulz, Kr. V.-Schr. 1912 S. 46: „Die Vatikanenstelle ist zwar lückenhaft, aber doch so überliefert, daß über die Ergänzung kaum ein Zweifel sein kann.“ Ich stimme dementgegen Rabel, Grundzüge S. 484 Note 2 Satz 2 zu.

[4]) Just., Inst. 3, 23, 3.

accessit, ad emptoris commodum pertinet; nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est.

Daß diese Stelle klassische Bestandteile enthält[1]), ist schon rein sprachlich zweifellos. Aber der erste Satz ist gewiß nicht unberührt geblieben. Das quod effici diximus simulatque de pretio convenerit, klingt nicht sehr gajanisch und kann durch sein Anklingen an den Pseudogajus der l. 35 § 5 D. 18, 1 nicht, wie Riccobono[2]) meint, gestützt, sondern nur verdächtigt werden. Daß hier die ganze Lehre von der emptio perfecta bei Fungibilien und vom bedingten Kauf unter den Tisch fällt, ließe sich allenfalls aus didaktischen Gründen erklären, aber das simulatque de pretio convenerit klingt an das cum de pretio convenerit in Gajus 3, 139 an, aber Gajus weiß nichts von emptio perfecta und periculum emptoris, sondern untersucht nur die Bedingungen des bindenden Abschlusses, stellt hier wie in Inst. 3, 142 und in den res cottidianae (l. 2 D. 19, 2) fest, daß für den bindenden Abschluß der Miete dieselben Regeln wie beim Kauf gelten, ohne auch nur das geringste davon anzudeuten, daß in der Lehre vom periculum dieses contrahi emptionem soviel weitergehende Wirkungen habe als bei der Miete. Cum sine scriptura res agitur wird allgemein[3]) für unecht gehalten. Sollte etwa der zugrunde liegende Klassiker geschrieben haben re vendita et tradita periculum ad emptorem pertinet, tametsi ea res emptoris facta non sit, so könnte der zweite Satz mit den zahlreichen Beispielen vollständig stehenbleiben, nur im licet-Satz müßte statt rem dominium rei gesetzt oder iure civili eingeschoben werden. Wir wissen, daß die Klassiker zum Gefahrübergang nicht anders als wir heute nach richtiger Auslegung von BGB. 446 die Hingabe zur Detention genügen ließen, mochte auch der Verkäufer sich noch das Eigentum vorbehalten haben[4]), also

---

[1]) Custodia S. 317[3].

[2]) Bulletino 13, 179.

[3]) Riccobono a. a. O.; Arnò, Arch. giur. 62 S. 540 fg.; Krüger ad h. legem; Schulz, Kr. V.-Schr. 1912 S. 58.

[4]) Vgl. l. 17 i. f. D. 18, 6, die zugleich eine Handhabe zur Rekonstruktion der l. 11 § 12 D. 43, 24 und der l. 38 pr. D. 39, 2 bietet. Vgl. oben S. 123 und Entsch. d. RG. 85, 321.

erst recht eine Besitzübergabe einer res mancipi[1]) genügen ließen, die nach Zivilrecht noch das Eigentum beim Verkäufer ließ. Sehr verdächtig ist das periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet. Denn dieses im Grunde überflüssige statim findet sich auch in dem oben als interpoliert erkannten Passus der l. 11 § 12 D. 43, 24: Nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat, worauf schon Arnò[2]) aufmerksam gemacht hat. Aber auch die eifrige Betonung der Unerheblichkeit der Tradition weist eher auf eine Reform hin, die von Tradition nichts mehr wissen will als auf Wiedergabe einer Lehre, die von jeher die Gefahr schon an den Kaufabschluß geknüpft hätte. Wozu dann hier wie in der c. 6 C. 4, 48 überhaupt die Erwähnung der Tradition?

Der folgende Satz bringt mit quidquid enim die nachklassische Lehre[3]) von der Haftung des Verkäufers für omnis culpa (wobei das securus est von Gajus stammen kann) und die byzantinische Verquickung (enim!) dieser Frage des Regresses mit der nach dem Schicksal des Kaufpreisanspruchs.[4]) Dafür, daß auch im Schlußsatz in der klassischen Vorlage nach fundo ein tradito gestanden haben und erst von den Kompilatoren entsprechend ihrer Lehre vom periculum emptoris ausgemerzt worden sein wird, liefert die berühmte l. 64 pr. D. 21, 2[5]) einen interessanten Anhalt.

Papinianus libro septimo quaestionum.

Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abstulit. Si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio[6]) pro parte quinta, non quarta praestabitur: Nam quod perit, damnum emptori non venditori attulit. Si totus fundus quem flumen deminuerat, evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio non magis quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit: Nam et e contrario non augetur quantitas evictionis si res melior fuerit effecta.

---

[1]) Vielleicht ist es kein Zufall, daß im folgenden nur Beispiele für res mancipi (homo, aedes, fundus) als Kaufsachen aufgefürt werden.

[2]) Arch. giur. 62, 551 Note 3. [3]) Custodia S. 257.

[4]) Oben S. 136. 141. 142, siehe auch schon Arnò, Arch. giur. 62 p. 543 fg.

[5]) Literatur bei Vangerow III 312 fg. und Rabel, Haftung S. 163.

[6]) auctoritas nach Lenel-Krüger.

Papinian behandelt hier wie im § 1 und 2 die Frage, welchen Einfluß eine nach dem Kaufabschluß und nach der Tradition eingetretene Verminderung oder Verschlechterung oder Zerstörung oder Vermehrung oder Verbesserung der Kaufsache auf den Umfang der Eviktionshaftung ausübt. Es wird im principium besonders betont, daß eine nach der Tradition des Kaufgrundstücks eingetretene Substanzminderung den Umfang der Haftung wegen nachträglicher Eviktion von 200 pro indiviso nicht erhöhen dürfe, da der Verlust von 200 durch die Einwirkung des Flusses auf Gefahr des Käufers gehe. Die Tatsache, daß hier anders wie in Justinians Institutionen Papinian in dem scharf gemeißelten Tatbestand gleich in den Eingangsworten ex mille iugeribus traditis ebenso wie später si functus aut servus traditus deterior factus sit, besonders betont, daß die Änderung der Kaufsache erst nach der Übergabe[1]) eingetreten sei, wäre vom Standpunkt der Gefahrlehre der Kompilation etwa der l. 8 pr. D. 18, 6 oder der Institutionenstelle sinnlos. Denn das Problem des Meisters bestände ganz ebenso und müßte die gleiche Lösung finden, wenn die Änderung, hier die Teilzerstörung oder Qualitätsverschlechterung, nach dem Kaufabschluß, aber vor der Übergabe der Kaufsache eingetreten wäre. Auch hier wäre richtig, daß quod perit damnum emptori non venditori attulit und es würde selbstverständlich auch entsprechend die später und im § 1 und 2 stets als nach der Tradition geschehen vermerkte Verbesserung oder Vermehrung der Kaufsache schon mit dem Kaufabschluß nur dem Käufer als commodum zugute kommen. Hingegen ist dieser Vermerk des Meisters vom Standpunkt der hier den Klassikern zugeschriebenen Gefahrlehre nicht nur verständlich, sondern auch notwendig. Denn da danach vor der Übergabe der Verkäufer die Gefahr des Verlusts der 200 iugera infolge des Natureignisses tragen mußte, so hätte selbstverständlich der Käufer nur 800 iugera überhaupt zu bezahlen, und die Frage der Berechnung des Umfangs der Eviktions-

[1]) Daß die Ansprüche des Dritteigentümers erst nach der Tradition erfolgten, war schon durch die Wahl des Ausdrucks evincere genügend deutlich, hätte auch ein Papinian von der Frage nach der Zeitfolge von Substanzänderung und Tradition wohl unterschieden.

haftung hätte gar kein des Klassikers würdiges Problem mehr gebildet, sondern der Verkäufer hätte dann selbstverständlich in Konsequenz dessen, daß er die Gefahr trug, auch wegen Eviktion von $^1/_4$ von den verbleibenden und ihm allein zu bezahlenden 800 iugera, also mit dem duplum von $^1/_4$ aber des auf $^4/_5$ gekürzten Kaufpreises, gleichfalls im Endergebnis mit 2 mal 200, nicht mit 2 mal 250 zu haften gehabt, falls man den Kaufpreis für ein Joch gleich eins setzt.

Ebenso hatte die besondere Betonung, daß im Fall der Totaleviktion eine nach der Übergabe geschehene Verschlechterung der Kaufsache den Umfang der Eviktionshaftung nicht mindere, nur dann Sinn, wenn nach dem Recht des Klassikers eben erst nach der Übergabe dieser Qualitätsverlust den Kaufpreisanspruch unberührt ließ, vor der Übergabe hingegen eine Verschlechterung der Kaufsache durch die damit verbundene Minderung des Kaufpreises auch die Eviktionshaftung minderte, ein Satz, der mit dem periculum emptoris der Kompilation, insbesondere dem § 3 von Just., Inst. 3, 23 schlechterdings nicht zusammenstimmt. So liefert die interessante l. 64 zugleich einen Anhalt für die Lösung der in echten Stellen nirgends behandelten Frage nach der Einwirkung nachträglicher kasueller, quantitativer oder qualitativer Teilunmöglichkeit der Verkäuferleistung auf die Kaufpreisforderung. Die Annahme, daß hier die Klassiker entsprechend ihrer Haltung bei Teilentwehrung[1]) bei ursprünglicher Teilunmöglichkeit[2]) und bei Sachmängeln[3]) entsprechend der Interessenlage des Käufers Kürzung oder Aufhebung des Kaufpreisanspruchs haben eintreten lassen, wird ja an sich schon aus ihrer Haltung im Fall der Totalunmöglichkeit abgeleitet werden müssen.

Damit ist unsere Betrachtung der Stellen, welche das periculum emptoris enthalten, abgeschlossen.

Fassen wir unsere Auffassung von der erst den Byzantinern verdankten Gefahrlehre zusammen, so wird jetzt nicht mehr entsprechend dem Parteiwillen und dem diesem Parteiwillen feinfühlig sich anschmiegenden klassischen Recht der

---

[1]) Rabel, Haftung S. 160 fg.
[2]) Papinian in der itp. l. 58 D. 18, 1 (Meine Haftung S. 41. 67).
[3]) actio quanti minoris: Meine Haftung S. 36.

Kaufpreis für die Lieferung der Kaufsache in der Beschaffenheit geschuldet, wie sie zur Zeit des Kaufkonsensus bestand, sondern diesem Parteiwillen hohnsprechend bei Einhaltung der erst in nachklassischer Zeit dem Verkäufer auferlegten Custodiapflicht auch schon für dasjenige, was bei Verschlechterung oder Zerstörung der Kaufsache dem Verkäufer an tatsächlichen oder rechtlichen Vorteilen verblieben oder erwachsen ist, ja sogar, falls nichts verbleibt oder erwächst, für den bloßen mißglückten Versuch des Verkäufers mit Anwendung von omnis diligentia dem Käufer bis zur Übergabe die Kaufsache zu bewahren! Das ist der Sinn und die ratio zugleich des tribonianischen Ausspruchs[1]): Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet. So sind nicht die Klassiker, sondern erst die Byzantiner die Begründer der modernen „Austauschtheorie", die wir nicht nur gewohnt sind, an das Verständnis der klassischen Quellen heranzutragen[2]), sondern auch an unseren § 325 BGB., der die Wirkungen vom Schuldner zu vertretender nachträglicher Unmöglichkeit beim gegenseitigen Vertrag regelt. Den Klassikern ist diese gekünstelte, den natürlichen Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung im Synallagma zerreißende Lehre ganz fremd. Mag der Käufer auch dem eigenen Interesse zuwider und ebenso gemessen an dem Wert der

---

[1]) l. 14 pr. i. f. D. 47, 2. Custodia S. 302 fg.

[2]) Vgl. vorzüglich Bechmann, Kauf III 1 (1905) S. 195 fg., der — freilich ohne Beweis aus den Quellen — es als eine niemals bezweifelte, ja ganz selbstverständliche Lehre erklärt, daß auch, „wenn an Stelle der Sachleistung die Entschädigung tritt, im römischen Recht das Synallagma aufrechterhalten wird", und unter Berufung auf das periculum emptoris bei kasueller Zerstörung lehrt, daß sich auch „ein Überschuß zugunsten des ersatzpflichtigen Verkäufers ergeben könne, wenn der Bruttoschaden geringer sei als der Kaufpreis". Ähnlich Schulz (Kr. V.-Schr. 1912 S. 48): „Indes, wie schon gesagt, das Problem, ob die Preiszahlungspflicht vom Untergang der Kaufsache betroffen wird, hat für uns nur sekundäre Bedeutung, die Hauptsache ist: Auch für Julian-Afrikan kann die Frage, ob Käufer nach Untergang der Sache den Preis zahlen müsse oder nicht, nur auftauchen beim Untergang durch höhere Gewalt; natürlich, denn beim Untergang durch niederen Zufall haftet der Verkäufer auf das Interesse, und so muß auch selbstverständlich die actio venditi bestehen bleiben."

Sache, viel zu teuer gekauft haben, im Fall der Eviktion geben ihm die Klassiker actio emti mindestens in Höhe des gezahlten Kaufpreises.[1]) Niemals denken sie daran, dem Verkäufer, der das rechtliche Haben nicht dauernd gewähren konnte, den Kaufpreisanspruch oder den Kaufpreis zu belassen und ihn mit actio empti nur zum Ersatz jenes vielleicht geringeren Betrags für verhaftet zu erklären, den der Käufer als sein Interesse an dem Haben der Kaufsache dartun kann. Hat sich der Käufer den höheren Kaufpreis um dieser Sache willen kosten lassen, so soll der Verkäufer, falls er das habere licere nicht prästieren kann, auch diesen Kaufpreis unweigerlich als das vom Käufer selbst im Kontrakt festgesetzte Minimalinteresse an dem Haben der Sache wieder zurück- oder aufgeben müssen. Ja sogar, droht auch nur die Eviktion, so sistiert Papinian, wie wir sahen, in Vat. 12 die Zahlungspflicht des Käufers schlechthin, ohne dem Verkäufer eine Abwendung durch Sicherheitsleistung zu gestatten; erst die Kompilatoren sind es, die hier durch Interpolation in Digesten und Kodex die klassische Verknüpfung von Verkäuferleistung und Kaufpreiszahlung lockern.[2]) Die stärkste und folgenschwerste Lockerung aber haben sie dadurch herbeigeführt, daß sie im Fall kasuellen Verlusts der Kaufsache vor der Übergabe dem Verkäufer den Kaufpreis belassen als Gegenleistung nun nicht mehr für die Lieferung, sondern für die pflichtmäßige, aber vergebliche Bemühung um Lieferung der Kaufsache: Periculum rei ad emptorem pertinet, dummodò custodiam venditor ante traditionem praestet. Nichts ist irriger, als die von Arnò[3]) unter Berufung auf die ganz unbestimmte und unbestimmbare c. 3 C. 4, 48 und die gar nicht auf die Gefahrlehre bezüglichen, aber echten D. 18, 1, 43, 2 und D. 18, 1, 68, 1; ferner die interpolierten D. 18, 6, 16 i. f. und D. 18, 1, 62, 2 vertretene Lehre, die Kompilatoren hätten das periculum emptoris von dem bloßen Fehlen eines dolus auf seiten des Verkäufers abhängig gestellt. Sind sie es ja ge-

---

[1]) l. 84 § 5 D. 30 (Julian); l. 43 i. f. D. 19, 1; l. 70 D. 21, 2 (Paulus); l. 74 § 2 D. 21, 2 (Hermogenian); Rabel, Haftung des Verkäufers S. 142 fg.

[2]) Vgl. oben S. 143.

[3]) Studi Scialoja I p. 341 fg., bes. 353.

rade, die anders als die Klassiker, deren Standpunkt sie freilich in der l. 62 § 2 D. 18, 1 nicht völlig zu verdecken gewußt haben[1], den Verkäufer nicht bloß für Verletzung der bona fides, sondern für jeden Verstoß gegen die diligentia boni patris familias auf das Interesse des Käufers haften lassen.

Teil 3.

Die Wurzeln der Justinianischen Regelung.

§ 9. Die Gefahrverteilung beim Werkvertrag und entgeltlichen Innominatkontrakt.

Wenn auch eine besondere Begründung des periculum emptoris in der Kompilation nirgends auftritt, vielmehr der Satz überall als ein feststehendes Dogma den Klassikern und reskribierenden Kaisern in den Mund gelegt wird, so läßt sich der eben angedeutete Gedankengang der Byzantiner doch mit einiger Wahrscheinlichkeit aus einer entsprechenden Interpolation erschließen, durch die Tribonian die klassische Lehre von der Gefahrtragung beim Werkvertrag[2] in ihr Gegenteil umgestaltet hat.

Labeo libro primo pithanorum a Paulo epitomatorum.[3]

Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: [immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur. Quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta si probaverit impositum esse mancipium].

An der Echtheit der Überlieferung des Standpunkts des Labeo im ersten Satz kann nach Sprache und Inhalt gar kein Zweifel sein. Für die Sklaven, die der Schiffer infolge ihres Todes nicht hat an den vertragsmäßigen Bestimmungsort bringen können, erhält er kein Fahrgeld. Alles Weitere, was dem Paulus in den Mund gelegt wird, ist m. E. unecht.

---

[1]) Custodia S. 267.

[2]) Vgl. über die Frage Örtmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 (1897) S. 1 fg. mit eingehender Exegese und Darstellung der gemeinrechtl. Lehre, bes. S. 19—43.

[3]) l. 10 pr. D. 14, 2.

Sprachlich anstößig ist: est in der indirekten Frage, das zweimalige häßliche his qui, nachdem mancipium vorangeht und auch nur mancipium folgt; satis erit pro nauta (der tu des Labeo) ist kein gutes Latein. Sachlich handelt es sich zunächst bei der kritischen Verweisung auf die Parteiabrede, um eine bei den Kompilatoren besonders beliebte[1]) hier unerträglich pedantische Trivialität. Labeo nimmt selbstverständlich an, daß über den Fall, daß Sklaven auf der Fahrt versterben, nichts verabredet worden ist. Sonst besteht natürlich gar kein Problem. Mangels Abrede soll aber für den nauta der ‚Beweis' genügen, daß der Sklave eingeladen worden ist. Aber diese Frage ist nach dem prägnanten klassischen Tatbestand gar nicht streitig. Nur die Rechtsfrage, ob der Tod des Sklaven während der Fahrt den tu um seinen Werklohn bringt, hatte Labeo entschieden. Unmöglich konnte dies Paulus durch die nota kritisieren, es genüge für den nauta, wenn er das Einladen beweise, das sein Vertragsgegner gar nicht bezweifelt hatte. Die Kompilatoren wollten ihrer Tendenz entsprechend[2]) in der Form einer gar nicht aktuellen Beweislastentscheidung ihren dem Labeo entgegengesetzten Rechtsstandpunkt anbringen oder beschönigen und darüber hinwegtäuschen, daß jede Begründung dafür fehlt, warum der Schiffer ohne den Transport, wie verabredet, vollzogen zu haben, den Fahrlohn erhalten soll. Das satis erit pro nauta si probaverit ist sprachlich und sachlich als nota Pauli unmöglich. Dazu kommt, daß der Kaiser Caracalla in einem anderen Fall, in dem gleichfalls der Schiffer — diesmal allerdings wegen Verlusts des Schiffs, also eines sein eigenes Leistungsvermögen bedingenden Umstands — die bedungene Fahrt nicht ausführen kann, ebenso wie Labeo dem Schiffer den Fahrlohn abspricht, obwohl von einem Verschulden des Schiffers keine Rede ist.[3])

[1]) Vgl. oben S. 109[3]. Auch in der Form ähnlich die interpolierte l. 35 § 4 D. 18, 1: Ammadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei c o n v e n e r a t. Si nihil appareat convenisse ... Über die Stelle vgl. Custodia S. 314 fg.

[2]) Vgl. oben S. 106 zu Note 2.

[3]) Ganz ebenso im altindischen Recht. Vgl. das Gesetz des Manu 8, 217 in der Übersetzung von G. Bühler (the sacred books of

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum.[1])

Item cum quidam nave amissa vecturam quam pro mutua acceperat, repeteretur, rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere cum munere vehendi functus non sit; quod in omnibus personis similiter observandum est.

Mögen hier auch Unebenheiten und Kürzungen im Tatbestand vorliegen, wie das repeteretur nach quidam, so kann doch an der Echtheit der Überlieferung des Reskripts weder formell noch sachlich ein Zweifel sein. Danach läßt auch Caracalla, der Zeitgenosse des Paulus, den Schiffer die Gefahr der kasuellen Vereitelung des Transports tragen.[2])

Dem entspricht in gewisser Hinsicht der allgemeine Ausspruch desselben Kaisers, den uns Ulpian in l. 1 § 6 D. 50, 12 berichtet:

Ulpianus libro singulari de officio curatoris.

Si quis opus quod perfecit, adsignavit, deinde id fortuito casu aliquid passum sit, periculum ad eum qui fecit, non pertinere imperator noster rescripsit.

Das Problem des periculum beim Werkvertrag finden wir in der l. 62 D. 19, 2 wieder.

Labeo libro primo pithanorum.

Si rivum quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum

---

the East vol. 25 p. 293): But if he whether sick or well, does not perform or cause to be performed (by others) his work according to his agreement, the wages for that work shale not given to him (if it be only) slightly incomplete.

[1]) l. 15 § 6 D. 19, 2.

[2]) Hingegen muß auch nach klassischer Lehre bei der locatio conductio operarum dem Arbeitnehmer sein Lohn werden, wenn es am Besteller liegt, daß die an sich möglichen Dienste nicht geleistet werden: l. 4 D. 1, 22; l. 19 § 9 u. 10; l. 38 pr. D. 19, 2. Siehe auch den § 1 daselbst. Wenn nach dem Bericht des Ulpian in l. 1 § 13 D. 50, 13 der Kaiser Sever nach dem Tod des Anwalts vor Beendigung des Prozesses verbietet, von den Erben das Honorar zurückzufordern, so wird dies — die Echtheit (mortuo eo? ipsum?) vorausgesetzt — auf der Besonderheit der Stellung des Anwalts beruhen, dessen Verhältnis zum Klienten sich dem Dienstvertrag nicht einfügt: Pernice, Labeo III 1 S. 305.

est. Paulus: Immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

Auch hier läßt Labeo ebenso wie in der früher besprochenen Stelle desselben Buchs seiner *πιθανά* den Unternehmer die Gefahr kasuellen Unmöglichwerdens des Werks vor der Abnahme tragen. Aber wiederum erscheint die Kritik des Paulus wenig in die Tiefe dringend. Selbstverständlich wollte Labeo den labes als einen Einsturz gedacht wissen, gegen den menschliche Kunst nichts ausrichten konnte. Es erscheint daher pedantisch, nun noch zu unterscheiden, ob der labes auf einem vitium soli oder operis beruhe. Wenn überhaupt das Aufwerfen der Schuldfrage gegenüber dem Beispiel des Labeo erlaubt wäre, so hätte Paulus gewiß nicht diese beiden Alternativen aufgestellt. Denn diese schließen sich in Wahrheit gar nicht aus, da ja das vitium operis gerade darin bestehen könnte, ein vitium soli beim Kanalbau unbeachtet gelassen zu haben.[1]) Überliefert uns doch schon Ulpian in l. 9 § 5 D. 19, 2:

Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit. So quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse. Quippe ut artifex inquit, conduxit.

Freilich findet sich die gleiche Entscheidung zu Lasten des Bestellers des Baues bei kasuellem Einsturz auch in der früher[2]) schon besprochenen l. 33 D. 19, 2 als Ansicht des Julian-Afrikan.

---

[1]) Dem vitium soli in l. 62 D. 19, 2 entsprechen in l. 27 § 29 D. 9, 2 die rimae vitiosae, wegen deren nach Tribonian der artifex potest esse excusatus, während der Klassiker darin gewiß keinen typischen Exkulpationsgrund gesehen hätte: Der artifex muß prüfen, ob sich sein Material zum opus eigne. Vgl. Custodia S. 190 fg. Daß übrigens der artifex der l. 27 § 29, der den Stoff zerstört, noch obendrein vom Besteller Werklohn erhalten soll, wagen selbst die Byzantiner nicht auszusprechen, obwohl dies im Sinn der l. 62 und 36 i. f. D. 19, 2 gelegen wäre. Sehr viel vorsichtiger die Fassung unseres BGB. § 644 Abs. 1 (zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffes) und 645 Abs. 1 (infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffs ... ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat).

[2]) Oben S. 63 fg.

Quemadmodum inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis.

Aber wir haben bereits früher gesehen, wie sehr diese Entscheidung den geistigen Zusammenhang der Stelle zerstört, der unbedingt erheischt, daß ebenso wie bei der Sachmiete und dem Kauf auch beim Werkvertrag der Schuldner der kasuell unmöglich gewordenen Leistung zwar nicht schadensersatzpflichtig ist, aber die empfangene Gegenleistung wieder herausgeben muß. Wir dürfen nach unserem bisherigen Ergebnis annehmen, daß erst die Kompilatoren vielleicht[1]) durch Einfügung der aedificandam oder Einsetzung von locasses anstatt des ursprünglichen conduxisses oder locassem ohne Rücksicht auf den logischen Zusammenhang ihre neue Lehre vom periculum locatoris beim Werkvertrag angebracht haben.

Den gleichen Fall behandelt die l. 59 D. 19, 2:

Iavolenus libro quinto Labeonis posteriorum.

Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum.

Hier ist der Tatbestand im ersten Satz gewiß nicht zu beanstanden. Wie ihn Labeo entschieden haben wird, wissen wir. Aber gesagt wird es uns ebensowenig, wie uns die Stelle die Ansicht des Javolen übermittelt. Nur Sabinus tritt auf, aber ohne Prädikat, und nun folgt eine in der Luft schwebende oratio obliqua, die ganz gewiß nicht so von Javolen an den Tatbestand des ersten Satzes angefügt sein kann. Denn das si vi naturali veluti terrae motu scheint von dem unmittelbar vorangegangenen terrae motu concussum erat aedificium offenbar gar nichts zu wissen, sonst hätte es schwerlich beispielsweise den Tatbestand einfach wiederholt. Für die Kompilatoren, die hier, scheint es, den Originaltext unheilbar zusammengestrichen und entstellt haben, kam es wohl nur darauf an, ihre Lehre vom periculum locatoris einzuschärfen. Darum die pedantische Wiederholung, daß es sich um vis naturalis, z. B. bei Erdbeben handeln müsse,

---

[1]) Oben S. 65 fg.

also um einen dem Unternehmer nicht zur Last fallenden Unglücks- und Zufall, wenn er trotzdem seinen Werklohn soll fordern dürfen. Merkwürdig ist, daß über die Höhe des Lohns gar nichts gesagt ist, obwohl doch überhaupt nur ein Teil des Hauses gebaut war, als das Erdbeben eintrat, auch nichts davon, daß eine Vergütung für dies untergegangene Fragment doch mindestens eine mangelfreie Teilarbeit voraussetzt. Für den gegenteiligen Standpunkt des Labeo bestanden freilich alle diese Fragen nicht. Den Kompilatoren kommt es offenbar nur darauf an, dem Sabinus, auf den oder Javolen sich der angebliche Paulus für die gleiche Ansicht nirgends beruft, ihren neuen Grundsatz vom periculum locatoris abstrakt in den Mund zu legen, nicht den Fall des Labeo-Javolen kunstgerecht zu entscheiden. Hingegen haben sie den letzteren Punkt in der l. 37 D. 19, 2 berührt.

> Iavolenus libro octavo ex Cassio.
>
> Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

Danach soll nur kasueller Untergang eines mängelfreien Werks dem Unternehmer seinen Werklohn belassen. Der den Tatbestand enthaltende erste Si-Satz wird echt sein, schwerlich aber das blutleere und in seiner lehrhaften Abstraktheit gewiß nicht klassisch anmutende tale opus fuit ut probari deberet, das uns über die Gefahr bei erst teilweiser Fertigstellung ganz im unklaren beläßt. Auch hier ein Machtspruch wie bei dem angeblichen Sabinus der l. 59 cit. ohne jeden Versuch, den gegenteiligen Standpunkt des Labeo mit Gründen zu widerlegen. Merkwürdig ist, daß die naheliegenden Beweisschwierigkeiten, welche für die Praxis aus diesem Grundsatz entstehen müssen, nicht einmal berührt werden, obwohl sie doch aller Wahrscheinlichkeit nach bei der byzantinischen Lehre von der emptio perfecta in Gemäßheit der l. 35 §§ 5—7 D. 18, 1, falls die Preisbestimmung noch eine Messung der untergegangenen Kaufsache verlangt, eine Rolle gespielt haben.[1]) Was die Byzantiner aber zu dieser Entscheidung der Frage des periculum

[1]) Oben S. 105 fg.

beim Werkvertrag gebracht hat, läßt sich aus der fast völlig ihnen zugehörigen l. 36 D. 19, 2 mit einer Deutlichkeit entnehmen, die auch auf die Motive ihrer Lehre vom periculum emptoris ein helles Licht wirft.

Florentinus libro septimo institutionum.

> Opus quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est: Quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit. Et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit quo minus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit. Non enim amplius praestari locatori oporteat quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

Hier ist zunächst auffallend, daß Florentin zuerst erklärt, daß das opus, das in Bausch und Bogen verdungen ist, bis zur Genehmigung auf Gefahr des Unternehmers steht. Das ist von der Einschränkung aversione locatum zunächst abgesehen jedenfalls mit dem Standpunkt des Labeo in l. 10 pr. D. 14, 2 und l. 62 D. 19, 2 sowie des von Ulpian zitierten Caracalla in l. 15 § 6 eodem in bestem Einklang; aber mit den bereits schwer verdächtigen Aussprüchen des Sabinus in l. 59, des Javolen in l. 37 eodem, des Paulus in l. 10 pr. D. 14, 2 und l. 62 i. f. D. 19, 2 läßt es sich nicht vereinigen; denn nach diesen soll der Besteller die Gefahr des zufälligen Untergangs des Werks von Anfang an tragen. Was nun aber die angebliche Unterscheidung des Florentin hinsichtlich der beiden Arten von Werkverdingungen angeht, so begegnet sie nach unserer Überlieferung einzig in dessen Institutionen und ohne den Schatten einer Begründung. Sie ist überdies schief ausgedrückt. Denn der Gegensatz zum Pauschwerklohn ist nicht das praestare opus, Leisten oder Liefern nach Fuß oder sonstigem Maß, sondern das Bestimmen des Preises nach Maßeinheiten. Pedes mensurasve ist außerdem ininkorrekt, denn der Fuß ist doch selbst eine Maßeinheit. Unschön ist auch die Paralle quod l o c a t u m est donec und quod c o n d u c t u m sit eatenus, quatenus non sit mit dem zweimaligen unmotivierten Konjunktiv sit nach est im Haupt-

satz, nicht minder die Wiederholung conductoris periculum und conductoris periculo est. Verräterisch ist auch hier das in der guten Latinität nirgends begegnende Passivum admensum[1]) sit. Sachlich ist die verschiedene Bemessung des Gefahrübergangs bald nach der adprobatio, bald schon mit der Abmessung unverständlich und letzteres nichts als eine doktrinäre Anlehnung an die byzantinische Hinausschiebung des periculum beim Kauf ad mensuram, wie ihn Tribonian in der l. 35 §§ 5—7 D. 18, 1 dem Gajus in den Mund legt. Warum soll, wenn ich mein Haus anstreichen lasse, falls ich eine feste Summe verabrede, die Gefahr des Werks erst mit der Billigung auf mich übergehen, wenn aber der Preis nach Quadratmetern bestimmt ist, schon vorher mit der Feststellung des gestrichenen Flächenraums? Niemals hätte ein Klassiker so törichte Distinktionen gemacht. Sie begegnen weder bei Labeo, der schlechthin die adprobatio in l. 62 citata für maßgebend erklärt, ohne zu fragen, ob der Kanalbau per aversionem oder nach Einheitsmaßen übernommen war, noch auch nur im weiteren Verlauf unserer l. 36 citata, in der die Byzantiner erklären, daß für die vis major der Besteller auch schon vor der adprobatio die Gefahr trage, ohne daß hierbei überhaupt noch das Abmessen als ein gleichfalls maßgebender Zeitpunkt für den Gefahrübergang erwähnt wird. Der mit et in utraque beginnende Satz, der ein Hinausschieben der adprobatio durch Verzug des Bestellers auf dessen Gefahr erfolgend erklärt, ist dem Sinne nach gewiß klassisch; sprachlich und sachlich ist das Passivum admetiatur, das noch einmal auf dies Messen als angeblich wichtig zurückgreift, für den Klassiker Florentin befremdend.

Die dann mit si tamen nicht gerade passend angefügte weitere Ausnahme von dem periculum conductoris (nociturum locatori — locatoris periculo est, wobei interciderit als conjunctiv unmotiviert, als futurum aber erit im Nachsatz verlangen müßte) hebt die Regel praktisch zum großen Teil wieder auf. Für vis major soll der Besteller auch vor der adprobatio, also sofort mit Beginn des Werks auf Grund des Kontraktschlusses die Gefahr tragen. Was für Zufälle dann

[1]) Oben S. 100 zu Note 1 u. 2.

noch übrigbleiben, die zunächst noch auf Risiko des Unternehmers gehen, wird nicht näher gesagt. Der angebliche Javolen der l. 37 ließ den Besteller sofort für aliqua vis, der Sabinus der l. 59 wenigstens für jede vis naturalis, der Paulus der l. 62 bei einem Bau für jedes vitium soli die Gefahr tragen. Daß es aber auch den Byzantinern mit der „höheren“ Gewalt nicht recht ernst ist, das zeigt die schon stilistisch durch den wiederum unmotivierten conjunctivus oporteat anstößige Begründung, die sie für diese als Ausnahme von dem Grundsatz des periculum conductoris sich einführende Regel geben: Der Unternehmer solle nicht für mehr einzustehen haben, als der Besteller durch eigene Sorgfalt und Mühe erlangt hätte! Daraus kann man herauslesen: Der Besteller solle das Risiko für jeden unglücklichen Zufall tragen, den er selbst nicht hätte vermeiden können, wenn er selbst das Werk ausgeführt hätte. Von dem im ersten Satz uneingeschränkt formulierten Grundsatz des periculum conductoris bis zur adprobatio bleibt so nichts weiter, als daß der Unternehmer für die Unglücksfälle die Gefahr trägt, die in seinen persönlichen Verhältnissen und seiner persönlichen Arbeitsweise begründet sind.

Mit vis major irgendwelcher Observanz hat das natürlich nichts mehr zu tun, und es ist bezeichnend, wie wenig die Byzantiner mit dem schillernden Ausdruck einen klaren Begriff verbinden. Denn das Abstellen auf den Erfolg der cura und opera des Bestellers ist im Grund noch weniger als die Betonung der diligentia exactissima diligentis, deren Einhaltung in concreto ihnen sonst den Zufall bedeutet, der nicht unter den casus maior fällt.[1]) Der letzte Satz ist aber vor allem darum für uns so wichtig, weil uns in ihm die Byzantiner klar enthüllen, weshalb sie das periculum so eigentümlich verteilen. Der Besteller soll, obwohl das Werk vor der Abnahme untergeht, dennoch den Werklohn zahlen müssen, weil und insofern das Unglück auch ihn selbst bei eigener Arbeit getroffen hätte. Eine geradezu klägliche ratio legis![2]) Wenn ich ein schwieriges Werk nicht selbst auszu-

[1]) Custodia S. 201.

[2]) Ganz anders De Medio, Bull. 20 S. 187: Se si toglie il sospetto „nisi si aliud actum sit“, tutto il resto della seconda parte del sesto

führen wage, sondern gegen hohe Vergütung einen Fachmann damit betraue, so soll ich bei Untergang des Werks durch solcherlei Unglücksfälle, die ich auch selbst nicht hätte meiden können, dennoch die Gegenleistung für ein Nichts zahlen müssen. Gleich als ob ich nicht für das Werk, sondern für sorgsame Bemühung um ein solches, ja sogar nur für die Bemühung, zu der ich selbst fähig war, die Vergütung versprochen hätte. Mit anderen Worten: Der conductor operis erhält gar nicht, wie es dem Sinn und Begriff des Geschäfts entspricht, die Vergütung für die Leistung des Werks, sondern für die Leistung von sorgsamer Arbeit, wenn diese aus Gründen nicht zum vereinbarten Ergebnis geführt hat, die auch den Besteller getroffen hätten. Diese unerhört unbillige Entscheidung ist zum Teil wohl auch durch die schon aus der Kauflehre uns bekannte byzantinische Vermengung der Frage nach der Regreßpflicht des Schuldners im gegenseitigen Vertrag mit der nach dem Fortbestehen seines Gegenanspruchs zu erklären.[1]) Florentin hat vielleicht den conductor operis für haftfrei erklärt, wenn der Untergang des ihm zur Herstellung anvertrauten Materials auf vis cui resisti non potest beruhte, und ihm im übrigen bei seiner Werkleistung volle Sorgfalt[2]) zur Pflicht gemacht. Die Byzantiner beschenken ihn in diesem Fall noch obendrein mit dem Fortbestehen seines Anspruchs auf den Werklohn, weil — auch der Besteller nicht mit mehr Erfolg hätte arbeiten können. Als ob auch für die eigene Arbeit dann der Werklohn geschuldet wäre!

Es ist nun interessant zu sehen, wie das gleiche unklare Mitleidsgefühl mit dem gegen Lohn zu einer Leistung sich verpflichtenden Teil die Byzantiner auch im Fall des unbenannten do ut des- oder facias-Geschäfts zu einer völlig

---

ha sapore classico e per la forma e la sostanza (nota la squisita eleganza [sic] dell' argomentazione in „non enim amplius praestari locatori").

[1]) Während der Basilikentext (20, 1, 35 Heimb. II 358) den klassischen Standpunkt vertritt, wird im Scholion 1 zufälliger Untergang des Werks (*ἐκ τυχηρᾶς τινος περιστάσεως*) dem Besteller aufgehalst mit der Begründung: *οὐδὲ γὰρ πλέον τι ἐποφείλει τῷ λοκατώρι εἰ μὴ τὸ συντίνον εἰς τὴν ἐμὴν φροντίδα καὶ τὴν ἐμὴν ἐργασίαν.* Oder wie Kyrill recht und schlecht sagt: *τοῖς δὲ τυχηροῖς οὐχ ὑπόκειται ὁ μισθωτός.*

[2]) Vgl. custodia 271. 272 [1].

unbilligen Verteilung der Gefahr geführt hat. Die Klassiker gewähren hier dem Vorleistenden condictio ob rem, ganz gleichgültig, aus welchen Gründen das dem Empfänger auferlegte Verhalten unterblieb, wenn nur überhaupt der Geber mit seiner Leistung die Forderung jenes Verhaltens (als Entgelt oder modus simplex) ernsthaft verknüpft hatte. Auf Schuld oder Unschuld des Empfängers kommt es gar nicht an. Darin lassen weder Julian in l. 19 pr. D. 12, 1 und l. 2 § 7 D. 39, 5 noch Celsus in l. 16 D. 12, 4 oder Pomponius in l. 52 D. 12, 6, noch Papinian in l. 7 D. 19, 5, noch Ulpian in l. 3 D. 39, 5, noch Paulus in l. 65 § 4 D. 12, 6 irgendwelchen Zweifel.[1]) Ja, selbst die Kompilatoren meinen in der völlig ihnen angehörigen l. 5 §§ 3 und 4 D. 12, 4 [2]) diesen klassischen Standpunkt in dem bereits von Klassikern erörterten Fall [3]) do pecuniam ut servum manumittas aufrechthalten zu dürfen, wenn nur im Fall kasueller Vereitelung der Feilassung durch Flucht oder Tod des Sklaven der an sich kondiktionspflichtige Empfänger nicht infolge des Geschäfts erst in die traurige Lage kommt et servo et toto pretio carere, sei es daß er dadurch von einem alsbaldigen Verkauf sich hat abhalten lassen oder den Sklaven nun weniger sorgfältig [4])

[1]) Bezeichnend ist schon bei Julian die Zusammenstellung von ganz unpersönlichen Kondiktionsgründen, bei denen der Gedanke der Schuld von vornherein ausscheidet, mit solchen, die ein Verhalten des Empfängers fordern, z. B. des si donator convaluisset mit dem si manumissus non fuerit in der grundlegenden l. 19 D. 12, 1; dem entspricht in l. 52 D. 12, 6 das unpersönliche quo non sequente bei Pomponius, obwohl auch vorher als Beispiele für causae praeteritae nur Handlungen des Empfängers genannt waren; ebenso die Zusammenstellung des Paulus in l. 65 pr. D. 12, 6 und das unbeschränkt redende quod ob rem datur veluti si dem tibi ut aliquid facias nec feceris im § 4, nicht minder natürlich der nach den vorgenannten echten Belegen zu vermutende klassische Kern des kompilatorischen quod-Satzes in der l. 35 § 3 i. f. D. 39, 6 von Paulus, den Beseler III 135 schlechthin streichen will.

[2]) § 4 fälschlich für das Gegenteil zitiert von Bonfante, Ist. (5) S. 470 Note 1. Vgl. das si nihil eorum facturus ipsi adhuc servum obisse. Decederet enim et si non accepisset ut manumitteret.

[3]) Vgl. darüber mein Freilassungspflicht und Reurecht (1905) S. 55 fg.

[4]) Vgl. den umgekehrten frühklassischen Standpunkt für den Fall des Verkaufs in der l. 54 D. 19, 1 zu Beginn. Custodia S. 258 fg.

bewacht (!) oder daß die geplante Freilassung erst die Gefahr herbeigeführt hat. Solche törichten Erwägungen, die den schuldlosen Geldgeber dafür büßen lassen, daß der Empfänger auch nichts für die Vereitelung der Gegenleistung kann, sollte niemand den Klassikern zutrauen[1]), ganz abgesehen von all den sprachlichen Unechtheitsindizien und den gekünstelten Beispielen[2]) einer Risikoerhöhung zum Schluß.

Aber damit nicht genug, gehen die Kompilatoren in anderen Stellen dazu über, die condictio ob rem überhaupt bei Unschuld des Empfängers an der Vereitelung der Gegenleistung dem Geber zu verweigern.[3]) So besonders deutlich in der von ihnen völlig unlogisch gestalteten[4]) c. 10 C. 4, 6 des angeblichen Diokletian, der gewiß noch den klassischen Standpunkt vertrat:

> Pecuniam a te datam licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis sed fortuito casu secuta non est, (!) minime repeti posse certum est.

Ebenso ist interpoliert[5]) der meist für echt gehaltene[6]) Beginn der l. 5 pr. D. 12, 4.

Ulpianus libro secundo disputationum:

> Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quominus proficisceris, an condici possit, videndum. Et cum per te non steterit potest dici repetitionem cessare.

Man weiß zwar nicht, ob die pecunia Auslagenvorschuß oder Honorar oder beides sein soll, die Kompilatoren wollen aber an sich dem schuldlos nicht Reisenden stets das Geld lassen, soweit eben nicht die Reukondiktion hineinspielt.

---

[1]) Derselbe Gedanke in der auch im ersten Teil völlig überarbeiteten l. 62 § 5 D. 47, 2: Iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset. Der echte Gedanke in der l. 26 § 6 D. 17, 1. Dazu Beseler III 66.

[2]) Das in der Studierstube ersonnene ruina in stabulo oppressus erinnert an das tribonianische si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit der l. 3 § 1 i. f. D. 4, 9. Custodia S. 209.

[3]) Vgl. Bonfante, Ist. p. 470 mit ungenügenden Zitaten in Note 1.

[4]) Richtig erkannt schon von Pernice, Labeo III 1 S. 303.

[5]) Freilassungspflicht S. 59—60.

[6]) Gradenwitz, Interpolationen S. 157fg.; Pernice a. a. O. S. 306.

In der gleichen Tendenz interpoliert ist die l. 3 § 3 u. 4 D. 12, 4.

Ulpianus libro vicesimo sexto ad edictum.

Quid si ita dedi ut intra certum tempus manumittas? Si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio nisi paeniteat. Quod si praeteriit, condici poterit. Sed si Stichus decesserit, an repeti quod datum est, possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse, si minus cessare.

Quin immo et si nihil tibi dedi ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est condictionem, defuncto quoque eo.

In dem von mir schon früher[1]) in seiner Echtheit bezweifelten § 3 ist anstößig das inhibenda erit repetitio[2]) und der Subjektwechsel praeteriit, das sich auf tempus bezieht, während repetitio vorangeht; potuit in der oratio obliqua. Sachlich erscheint mir der hier von Ulpian scheinbar gebilligte Mittelweg des angeblichen Proculus für einen Klassiker ganz undenkbar. Danach soll es in dem Fall, daß dem Empfänger eine bestimmte Frist vertragsmäßig für die Freilassung gewährt war, im Fall des Todes des Sklaven nicht etwa darauf für die Zulässigkeit der Kondiktion ankommen, ob der Tod erst nach der Frist eintrat, sondern ob er — wenn auch noch während der Frist — zu einer Zeit eintrat, zu der die Freilassung schon hätte geschehen können! Nichts ist bezeichnender für die unklare Denkweise der Byzantiner, als dieser Ausweg, der es dem Empfänger, dem ausdrücklich ein spatium für die Freilassung im Fall des Unmöglichwerdens der Gegenleistung vertraglich offen gelassen war, zum Vorwurf macht, daß er nicht sofort mit Fristbeginn die Gegenleistung bewirkt, ihm aber, falls auch solche höchste Eile und Strebsamkeit die Freilassung nicht mehr hätte erwirken können, auf Kosten des doch gewiß ebenso unschuldigen ego die Gegenleistung beläßt. Ganz

[1]) Freilassungspflicht S. 55 Note 1; Gradenwitz a. a. O. S. 150 fg. beanstandet nur das nisi paeniteat.

[2]) Vgl. dagegen das Julianische cessabit obligatio, ante kalendas nullam actionem habebo in l. 19 pr. D. 12, 1.

ebenso, wie erst die Byzantiner den Verkäufer zur custodia id est diligentia exactissima im Bewahren der Kaufsache verpflichten, ihn aber, falls ihn auch von diesem strengen Standpunkt aus kein Tadel trifft, mit dem Kaufpreisanspruch auf Kosten des unglücklichen, doch nicht minder unschuldigen Käufers belohnen. Und um die Regelung der beim Kauf getroffenen noch mehr anzunähern, wird in dem § 4 der formlosen Abrede über das Gewähren von Geld gegen Freilassung sogar verpflichtende Kraft eines Kontrakts zugebilligt, aus dem eine actio entspringt und „zusteht", nämlich auf die pecunia noch nach dem Tod des Sklaven, das heißt dem Unmöglichwerden der Gegenleistung. Aber auch hier ist es nicht nur der flagrante und doch mit keinem Wort gerechtfertigte Widerspruch zu Julian in l. 19 pr. i. f. D. 12, 1 und zu dem klassischen numerus clausus der Konsensualkontrakte, sondern auch das sprachliche Moment, das die Unechtheit erweist. Das ultro (?) tibi competere (?) actionem schwebt in der Luft, unschön ist der Tempuswechsel dedi, placuerat, ganz abgesehen von den Indikativen in der oratio obliqua und von der vielleicht nachjustinianischen [1]) verkehrten Glosse id est condictionem, zum Schluß das unerträgliche defuncto quoque eo im Sinn von: selbst wenn „er" schon gestorben ist, obwohl er, der Sklave, im ganzen Fragment nicht vorkommt.[2])

Danach wird man auch an der Unechtheit der längst[3]) als schwer verändert erkannten l. 5 § 1 D. 19, 5 nicht mehr zweifeln.

Paulus libro quinto quaestionum.

Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est.[4]) Sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse,

---

[1]) So Beseler II S. 159. Siehe aber auch meine Schenkung unter Auflage S. 130 Note, letzter Absatz.

[2]) Treffend Beseler, Beiträge II S. 159: „Von Tribonian geschaffene Analogie des Satzes periculum est emptoris", nur daß hier noch nicht erkannt ist, daß der Satz selbst von Tribonian stammt.

[3]) Vgl. etwa Gradenwitz a. a. O. S. 132, meine Schenkung unter Auflage S. 129 fg. Note 1; Beseler, Beiträge II S. 161 fg.

[4]) Das ist der Standpunkt des griechischen Rechts, das nur den Realkauf kennt. Vgl. später S. 172.

dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi quanti interest mea illud de quo convenit accipere. Vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est quasi ob rem datam re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. Explicitus est articulus ille do ut des.

Klassisch dürfte in diesen schulmeisterlichen Erörterungen lebensfremder erklügelter Tatbestände höchstens der in den allein weder sprachlich noch logisch anstößigen Worten von non ut reddas bis accipere enthaltene Gedanke sein, daß der im Tausch Vorleistende beim Ausbleiben der Gegenleistung auf Erfüllung und nicht auf Rückgabe zu klagen habe.[1]) Das entspricht der Haltung Papinians in der l. 9 D. 19, 5, der in dem Beispiel decem do ut Stichum manumittas in der l. 7 eodem nur insoweit die Kondiktion bei Ausbleiben der Freilassung zuläßt, als die Erfüllungsklage mangels Geldinteresses unmöglich ist, ebenso wie dem echten Gedanken des Paulus in der l. 1 § 4 D. 19, 4 bei Verzug des Empfängers der Vorleistung beim Tausch:

Non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit.[2])

---

[1]) Gerade umgekehrt Beseler II 162, der fast die ganze l. 5 für nachklassisch hält, aber anfügt, dubium — vel gehört Trib. Gegen ihn zu Recht Schulz, Interpolationen, kritische Studien in Festschrift für Zitelmann S. 8 Note 4 der S.-A. Die Ausführungen Perozzis gegen die Echtheit jeder Erfüllungsklage im Innominatkontrakt (Tausch) (Istituzioni II S. 281 fg.) halte ich für viel zu weitgehend. Auf den Bahnen Perozzis neuerdings De Francisci, Synallagma I Pavia 1913. Über ihn und gegen ihn Partsch, Sav.-Zeitschr. 35 S. 335 fg., bes. 337—338 mit feinen Andeutungen über die den Erfüllungsanspruch geltend machende actio in factum. Nicht minder wichtig Rabels gedankenreiche Skizze in Grundzüge § 74.

[2]) Vgl. Schenkung unter Auflage S. 130 Note, woselbst auch über die Einschiebung des die Kondiktion wieder einführenden Schlußsatzes. Zustimmend Krüger ad h. l. und Schulz a. a. O. Gerade umgekehrt halten Beseler II 161 (dessen Rekonstruktion mir ebensowohl historisch wie psychologisch undenkbar erscheint), Bonfante, Istituzioni S. 472 Note 1, De Francisci a. a. O. und ihm zustimmend Partsch a. a. O. S. 338 hier nur die Kondiktion für echt. Das könnte jedenfalls eher

Gerade umgekehrt wollen die Kompilatoren[1]) die Kondiktion grundsätzlich neben der Erfüllungsklage zulassen, aber auch die Kondiktion nur so lange, als nicht der Erfüllungsanspruch wegen kasueller Vereitelung der Gegenleistung ausfällt. Gegen den schuldlosen Empfänger der Vorleistung im unbenannten entgeltlichen Geschäft gibt es nach ihnen in diesem Fall auch beim Tausch weder actio praescriptis verbis noch condictio ob rem non secutam. Um diesen den Interpolationen in der c. 10 C. 4, 6, l. 3 § 3 und l. 5 pr. D. 12, 4 entsprechenden Gedanken auch für den Tausch klarzustellen, hängen die Byzantiner in l. 5 § 1 D. 19, 5, ehe sie den „articulus ille do ut des" als genügend expliziert erklären, an die Erörterung des schemenhaften sin autem rem do ut rem accipiam noch mit dem unlogischen sed si einen weiteren gerade ihnen offenbar besonders lebenswahr erscheinenden Tausch-Tatbestand an: si scyphos tibi dedi ut Stichum mihi dares, und erklären jetzt auf einmal — formell nur für diesen Sonderfall, sachlich aber offenbar in gewollter Einschränkung des vorangehenden bedingungslosen repetatur quod datum est, daß der Stichus auf Gefahr des Vorleistenden stehe und der Empfänger tu nur für culpa einzustehen habe. Damit ist für die Gefahrfrage die Annäherung zwischen dem in dem berüchtigten ersten Satz zum Kauf erklärten celsinischen[2]) si pecuniam dem ut rem accipiam und dem rem do ut rem accipiam praktisch durchgeführt. Dem Paulus der l. 65 D. 12, 6 war dieses Abstellen der condictio ob rem auf die Schuld des Empfängers ganz unbekannt.[3]) Wie beim Kauf der Käufer, so trägt beim Tausch jetzt wie auch bei jedem do ut facias-Geschäft der Vorleistende stets die Gefahr der kasuellen Vereitelung der Gegenleistung. Kann der Empfänger nichts dafür, daß diese unmöglich wird, so meinen die Kompila-

für die l. 7 D. 19, 5 (Beseler II 163) stimmen, bei der das Geldinteresse an der Freilassung als solcher kaum gegeben sein dürfte. Für die Klassizität der grundsätzlichen Konkurrenz von condictio und Erfüllungsanspruch: Bonfante, Istituzioni p. 470.

[1]) Schwerlich schon Diokletian in der im Gegensatz zu seiner sonstigen Haltung beim Tausch jedweden Erfüllungsanspruch leugnenden c. 7 C. 4, 64 weil — emptionem rebus (?) fieri non posse.

[2]) l. 16 D. 12, 4. [3]) Oben S. 165 Note 1.

toren, es sei zu hart, ihn durch Verlust der ihm versprochenen Leistung zu strafen. Daß sie damit den nicht minder unschuldigen Vertragsgegner strafen, machen sie sich hier sowenig wie beim Kauf und Werkvertrag genügend klar. Denn die scharfe Unterscheidung des Julian der l. 33 D. 19, 2 und der l. 11 § 18 D. 19, 1 zwischen Ausschluß einer Schadensersatzpflicht und Behaltendürfen der Gegenleistung ist nicht ihre Sache. Dem periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes der l. 5 § 1 citata entspricht nach Ursprung und ratio das: Et sane periculum rei ad emptorem pertinet dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet der l. 14 pr. i. f. D. 47, 2. Der Klassiker Julian hingegen, dem alle Späteren folgen, gewährt bei kasuellem Unmöglichwerden der Gegenleistung dem Vorleistenden ebensowohl in der l. 33 D. 19, 2 actio emti und conducti auf Rückgabe der Vorleistung wie condictio ob rem in der l. 19 pr. i. f. D. 12, 1 beim unbenannten do ut facias-Geschäft. Der Grundgedanke der §§ 323 und 446 BGB. entspricht durchaus den klassischen Grundsätzen und bedeutet einen Fortschritt nur gegenüber der auf un durchdachte Billigkeitserwägungen gegründeten Gefahrlehre Justinians.

Vielleicht hat beim Kauf auch noch die auch sonst bei Tribonian und der Pandektenlehre beliebte Erwägung mitgespielt, daß der Verkäufer kraft der ihm auferlegten Diligenzpflicht gehalten war, die Sache nicht anderweit gegen bar zu veräußern, und so verhindert war, die Gefahr des Untergangs und des Verderbens alsbald auf fremde Schultern zu übertragen. Denn auch beim Geschäft accepit pecuniam ut servum manumittat verweigert Tribonian[1]) dem Geber des Gelds bei Vereitelung der Freilassung infolge fuga oder mors servi die condictio: si quidem distracturus erat hunc servum et propter hoc non distraxit, quod acceperat ut manumittat, non oportet (!) ei condici. Auf diese Weise legen es sich bekanntlich die Byzantiner auch zurecht, daß der in Verzug befindliche oder verklagte Herausgabeschuldner für zufälligen Untergang der herauszugebenden

[1]) In der interpolierten l. 5 §§ 3 u. 4 D. 12, 4 (Freilassungspflicht und Reurecht S. 58ff., oben S. 165.

Sache einzustehen hat.[1] Freilich quellenmäßig zu belegen ist es nicht, daß diese schon von Wächter[2]) und Jhering[3]) vertretene, auch der Entäußerungstheorie Windscheids[4]) nicht fernstehende Erwägung bei der Festsetzung des periculum emptoris eine Rolle gespielt hat.

§ 10. Der Einfluß des hellenistisch-orientalischen Rechtskreises.

Zum Schluß darf die Vermutung gewagt werden, daß auf die Ausbildung der im vorstehenden nach ihren legislativen Motiven erörterten byzantinischen Gefahrlehre in den Rechtsschulen des Ostreichs die den Männern von Beryt vertraute griechische Rechtsanschauung nicht ohne Einfluß geblieben ist. Das griechische Recht kannte sowenig wie

[1]) Vgl. die m. E. insoweit interpolierten l. 14 § 11 i. f. D. 4, 2; l. 15 § 3 D. 6, 1; l. 40 pr. D. 5, 3; l. 20 § 21 eodem; l. 47 § 6 D. 30; Pernice, Labeo II 2, 1 S. 139 ff. mit m. E. überzeugender Beweisführung S. 140 Note 1. Abweichend hinsichtlich l. 15 § 3 D. 6, 1 Mitteis, R. P. R. S. 91 Note 59. Die l. 40 pr. D. 5, 3; l. 20 § 21 eodem und l. 47 § 6 D. 30 hält Pernice noch für echt. Vgl. aber auch Schulz, Sav.-Zeitschr. 32 S. 85 fg. mit treffender Begründung S. 87[1] für die Unechtheit des schon sprachlich anstößigen Einschiebsels quia potuit distraxisse ea in l. 40 pr. D. 5, 3 (Stolz-Schmalz, Lat. Gram. S. 436). Vgl. auch Beseler I 63 und radikaler II 138. Aber ebensowenig kann die als juristische Begründung dienende durch nichts begründete rein faktische Vermutung, daß der petitor distraxisset (was?) et verum (?) pretium non perderet (statt perdidisset) in l. 20 § 21 eodem echt sein. In l. 47 § 6 D. 30 wird zwar nicht so sicher ins Blaue prophezeit, aber damit verliert das Argument auch seine Wirkung. Eum acceptum, das sich auf fundus beziehen soll, ist doch für Ulpian ebenso wie die Stellung der Satzteile im potuit-Satz kaum möglich.

[2]) Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 15 (1832) S. 198.

[3]) In seinen Jahrbüchern 3 S. 465 zu Note 18.

[4]) Pandekten II § 321 zu Note 19 ff. Neuerdings hat Manenti (Studi Senesi Bd. 4 S. 268 fg.) in schwerlich überzeugender Beweisführung diese Entäußerung der Kaufsache möglichst schon mit dem Vertragsschluß als dem normalen Parteiwillen entsprechend darzustellen und daraus das periculum emptoris abzuleiten gesucht unter Hinzunahme von rechtspolitischen Erwägungen über die Unmaßgeblichkeit der Tradition als Moments des Gefahrübergangs, die den verfehlten Erwägungen der (von M. nicht zitierten) l. 36 i. f. D. 19, 2 verzweifelt nahekommen (vgl. daselbst p. 266 fg.).

das babylonische[1]) oder ägyptische[2]) überhaupt einen Konsensualkauf, sondern nur ein durch Zahlung des Kaufpreises und dadurch bedingten Eigentumswechsel reell vollzogenes Kaufgeschäft.[3]) Das Problem des Einflusses nachträglichen kasuellen Untergangs der Kaufsache auf den Kaufpreisanspruch des Verkäufers konnte somit hier, wo aus der Abrede über Ware und Preis obligatorische Verpflichtungen der Parteien gar nicht entstanden, überhaupt nicht erwachsen, sowenig — was oft verkannt ist — wie beim altrömischen Manzipationskauf. Andererseits aber erklärt sich die byzantinische Beseitigung der Tradition als des beim römischen Konsensualkauf maßgeblichen Moments des Gefahrübergangs ungezwungen aus der Tatsache, daß nach griechischem Recht, wie es schon Theophrast[4]) uns lehrt,

---

[1]) Koschaker, Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis (1917) S. 138; Schorr, Urkunden zum altbabylonischen Zivil- und Prozeßrecht (1913) S. 111 fg. Siehe auch schon Rabel, Haftung S. 66 fg.; Manigk, Sav.-Zeitschr. 27, 404 über die neubabylonischen Kaufurkunden Koschaker, Babylon.-assyr. Bürgschaftsrecht S. 175.

[2]) Mitteis, Grundzüge II 1 S. 171; Partsch in Partsch-Spiegelberg Papyri Hauswaldt S. 11 fg.

[3]) Hierüber grundlegend Partsch, Gött. Gel. Anz. 1911 S. 713 fg. und Mitteilungen aus der Freiburger Papyrussammlung 2 (1916) S. 8 fg., während Mitteis, Grundzüge II 1 (1912) S. 145 noch die früher herrschende Ansicht von der obligatorischen Wirksamkeit der ὠνή vertritt, die Partsch, Gött. Gel. Anz. 1911 S. 718 noch nicht völlig ablehnt. Vgl. eine gute Zusammenfassung (auf Partsch fußend) bei Pringsheim, Kauf mit fremdem Geld (1916) S. 1 fg. und allerjüngstens Meyer, Juristische Papyri (1920) S. 114 fg. mit weiterer Literatur.

[4]) Bei Stobaeus, Flor. 44, 22 (Ziffer 4), abgedruckt in Thalheim, Griechische Rechtsaltertümer (4. Auflage) S. 150 und Hofmann in Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts S. 76 fg. Merkwürdigerweise beruft sich Grotius, De jure belli ac pacis II 12, 15 in seiner Polemik gegen die commenta juris civilis auf Theophrast nach dem plerisque legum conditoribus placuisse, ut ad traditionem usque res commodo et periculo venditoris sit. Völlig unhaltbares über den angeblichen Ursprung des periculum emptoris aus den 12 Tafeln und mittelbar aus dem griechischen Recht bei Hofmann a. a. O. S. 49 fg. Eine wissenschaftliche Behandlung des Gefahrübergangs nach griechischem Kaufrecht fehlt völlig. Charakteristisch z. B. Beauchet, Histoire du droit privé de la République Athénienne IV

nur die Kaufpreiszahlung, aber nicht die Übergabe für den Übergang des Eigentums und damit gewißlich[1]) auch der Gefahr auf den Käufer maßgebend war. Der vielfach unternommene Versuch, das periculum emptoris beim römischen Konsensualkauf als Residuum des Bargeschäfts der Manzipation zu erklären, konnte nicht befriedigen, wohl aber ist verständlich, daß die Byzantiner, die aus dem griechischen Recht den „perfekten" Kauf nur als Barkauf kannten, die dort selbstverständliche Gefahrlehre auf den ganz anders gelagerten römischen Konsensualkauf übertrugen.

Auch im Fall eines Arrhalkaufs darf die Frage nach dem Fortbestehen des Restkaufanspruches im Fall des Untergangs der Kaufsache nach geschehener Anzahlung nicht aufgeworfen werden. Denn wir wissen ebenfalls aus Theophrast, was uns seitdem die Papyrusfunde und die antike Rechtsvergleichung[2]) vielfach bestätigt haben, daß die Hingabe der Arrha für den Käufer keine Verpflichtung zur Restzahlung, sondern nur eine Haftung mit dem Angeld bewirkte, falls der Restbetrag nicht freiwillig entrichtet wurde.[3])

(1897) p. 124: Il faut donc résoudere la question d'après les principes généraux et l'on est ainsi amené à déclarer applicable dans le droit grec la règle admise à Rome, car cette règle est fort équitable et tout à fait conforme à la volonté probable des parties. (!) Skeptisch hingegen Mitteis, R. Pr. R. S. 20 Note b und Bonfante, Storia del diritto Romano (2) p. 146: l'attributione al diritto greco è dubbia come è dubio il beneficio .. che costituisce uno dei tanti enigmi della compra vendita romana e che probabilmente non ritrova la sua spiegazione se non nell' origine storica dell' istituto. Vgl. auch das unverbildete Rechtsgefühl unseres Suarez oben S. 47[6].

[1]) Vgl. z. B. die Urkunde B. G. U. 1059, in der nach Beurkundung der Kaufpreiszahlung und Übergabe der verkauften Sklavin bemerkt wird: *Δρασμῶν δε καὶ θανάτου τῆς δούλης ἀπὸ τοῦ νῦν οὐκ ἔσται πρὸς τὴν Λαοδίκην* (Verkäuferin). Eine leider mitten im Satz abbrechende Abrede in Pap. Oxy. I 95 (Mitteis, Chrest. Nr. 267): Bestätigung eines Handscheins über den Verkauf einer Sklavin (95 n. Chr.): *Ἣν ἐὰν συμβῇ παραπεσεῖν ἢ ἄλλως πως διαφθαρῆναι ...*

[2]) Partsch, Gött. Gel. Anz. 1911 S. 730 fg.; Koschaker, Rechtsvergleichende Studien S. 136 fg.

[3]) Gradenwitz, Einführung S. 82 fg., auf ihm fußend Bry, Essai sur la vente dans les papyrus Greco-Egyptiens 1909 S. 120 fg.; Mitteis, Grundzüge S. 184 fg. und (führend) Partsch, Gött. Gel. Anz. 1911 S. 713 fg. und Papyrus Freiburg S. 18 Note 1. Vgl. auch denselben

Partsch hat früher zur Erklärung einer Szene in Plautus' Pseudolus die Vermutung aufgestellt, daß der Verkäufer, der schuldlos nach Abschluß des Arrhalgeschäfts den Besitz der Kaufsache eingebüßt habe, nach dem dem griechischen Vorbild des Plautus zugrunde liegenden Rechte dem Käufer die Arrha zurückzahlen müsse.[1]) Aber wie dem auch sei[2]), jedenfalls ist im Sinne Justinians der Kauf nach geschehener Arrhalleistung noch „facienda" (Cod. Just. 4, 21, 17, 2) und nicht „perfecta", wie es die Kompilation für das periculum emptoris fordert.

Als eine wirkliche Parallele zur römisch-rechtlichen Preiszahlungspflicht des Käufers aus dem Konsensualkauf konnte aber den in den griechisch-orientalischen Rechtsanschauungen befangenen Byzantinern[3]) das den griechischen Kreditkauf einkleidende Geschäft erscheinen, in dem der Verkäufer eine fiktive Kaufpreisquittung ausstellt und sich den Kaufpreis durch fingierte *δάνειον*-Urkunde verschreiben läßt.[4]) Auch hier wird mit der Schrift, unabhängig von der

Autor im Archiv für Papyrusforschung 5 S. 485—86. Übereinstimmend Frese, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. 30 S. 134 und Calogirou, Die Arrha im Vermögensrecht in Berücksichtigung der Ostraka und Papyri 1911 S. 81 fg.

[1]) Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 70 S. 483—486.

[2]) Man könnte auch daran denken, aus dem von Partsch (Pap. Freib. S. 19) aus dem Syrischen Spiegel (L 38) und der entsprechenden Bestimmung in Pap. Hal. XI 3 abgeleiteten ius ad rem des Käufers nach geschehener Arrhalleistung das gerade Gegenteil zu folgern.

[3]) Partsch, Gött. Gel. Anz. 1911 S. 727 fg.; Arch. f. Pap.-Forsch. 5 S. 460; Koschaker, Sav.-Zeitschr. 33 S. 395.

[4]) Vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 468 fg.; Grundzüge II 2 S. 187, und für das ägyptische Recht S. 117, 171; Rabel, Sav.-Zeitschr. 28, 374; Frese, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. 30 S. 142; Kohler, daselbst S. 146—147 und 326—327; vgl. auch dessen und Ungnads Ausgabe von Hammurapis Gesetz I Nr. 111; III 239; IV 92. 94; darüber kritisch vor allem Koschaker, Rechtsvergl. Studien S. 15 Note 16, der auf Schorr, U.A.R. 101 verweist, wo die Darlehenssumme als Kaufpreis für ein Haus bezeichnet wird; vgl. auch schon Partsch in Gött. Gel. Anz. 1913 S. 32 und jetzt Pap. Freiburg S. 18 Note; ferner das *συγγραφὴν συγγραφέσϑω* in Pap. Hal. XI, zum Schluß mit den Bemerkungen der Herausgeber Dikaiomata S. 157. Der *συγγραφή* des Pap. Hal. ähnelt im altbabylonischen Recht der Kreditschuldschein, den der Käufer ausstellt: ḫîšum. Vgl. die wichtige Prozeßurkunde bei Schorr a. a. O. Nr. 280 S. 390 fg. und S. 118—119; Koschaker, Babylon.-assyr. Bürg-

körperlichen Übergabe, Eigentum und Gefahr auf den Käufer übergegangen sein, obwohl sich dies bisher nicht sicher hat beweisen lassen.[1]) Gerade die Entdeckung Pringsheims, daß die Nebeneinanderreihung der Kaufpreiszahlung oder Bürgenstellung oder des bloßen fidem habere als Voraussetzung der Eigentumsübertragung durch Tradition beim Kauf in der Kompilation justinianisch ist, spricht für diese Annahme.[2]) Es kann sehr wohl sein, daß die Byzantiner sich den aus der abstrakten Natur des vom Käufer im orientalisch-hellenistischen Rechtskreis ausgestellten Schuldscheins folgenden Grundsatz des periculum emptoris in der Erwägung auf den römischen Konsensualkauf übertragen haben, daß man den Verkäufer nicht Schaden leiden lassen dürfe, wenn er ohne die geringste Sorgfaltsverletzung die Kaufsache eingebüßt oder wenn der unglückliche Zufall ebenso den Käufer nach der Übergabe betroffen hätte. Aber der klassischen Behandlung des römischen Konsensualkaufs mit seiner strengen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung sind solche Erwägungen, die hier zu einer ganz unverständlichen Bevorzugung des Verkäufers führen, völlig fremd, wie sie dem deutschen Recht fremd geblieben sind[3]), nachdem dieses in ähnlicher Entwicklung im Mittelalter vom Realkauf zum Konsensualkauf vorgeschritten war.[4])

---

schaftsrecht 134, Kr. V.-Schr. 1914 S. 428. Eine ähnliche Funktion hat in den neubabylonischen Kaufurkunden der abstrakte Verpflichtungsschein uiltim. Koschaker, Bürgschaftsrecht S. 138. 34 fg. 175[14]. Interessant ist auch die von Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. V S. 383 erörterte babylon. Urkunde aus der Regierung Nabonids (538 v. Chr.), in der der Kaufpreis für das zunächst dem Verkäufer belassene Grundstück bei einem Dritten deponiert wird, der dem Verkäufer zu späterer Herauszahlung verpflichtet ist: auch wenn vor Ablauf der Frist das Haus durch Zufall zerstört wird? Über den Kaufpreis als Depositum beim Käufer vgl. Kohler-Ungnad, H. G. V Nr. 1131 S. 15. 121; dazu Koschaker, Rechtsvergl. Studien S. 14 fg.

[1]) Vgl. gegenüber Freundt, Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Recht (1910) S. 46 Partsch, Zeitschr. f. Handelsrecht 70 S. 450, aber auch Pap. Freiburg S. 17.

[2]) Kauf mit fremdem Geld S. 88.

[3]) Stobbe, Zur Gesch. des deutsch. Vertragsrechts 277 fg.

[4]) Maßgebend war der Übergang der Gewere, bei Grundstücken die Auflassung. Vgl. v. Gierke, Schuldrecht S. 435. 446; Hübner,

Wenn man bisher mit Windscheid das angeblich römische periculum emptoris auf die in dem Kaufvertrag enthaltene Entäußerungserklärung des Verkäufers oder mit Girard[1]) auf ein unabhängig von dem Verkäuferversprechen abgegebenes abstraktes Stipulationsversprechen des Käufers hinsichtlich des Kaufpreises zurückzuführen gesucht hat, so wird damit gewiß nichts für die neuen und selbständigen Rechtsgedanken erklärt, die den römischen Konsensualkauf erzeugt haben und durch das quidquid der bonae fidei-Formel fortentwickelt worden sind, wohl aber passen beide Gedankenreihen auf den griechisch-orientalischen Kreditkauf, in dem der Verkäufer sich statt reeller Bezahlung mit Ausstellung der abstrakten Schuldurkunde zufrieden gibt. Es ist klar, daß die griechisch denkenden Byzantiner einen Gefahrübergang in diesem Sinn nur annehmen konnten, wenn die Voraussetzungen der emptio perfecta im Sinn der l. 8 pr. D. 18, 6 durch Fixierung von Ware und Preis und bedingungslose reelle oder fiktive Preiszahlung gegeben waren.

Vielleicht trägt dieses Ergebnis dazu bei, auch jenen Versuchen moderner Rechtsvergleichung mit Skepsis zu begegnen, die das angeblich römische Prinzip des periculum emptoris mit nicht minder unzureichenden Mitteln wie einst Hofmann, Beauchet und Kohler im griechischen, auch im babylonischen[2]) und indischen Recht haben entdecken wollen.

Grundzüge des deutsch. Privatrechts § 83 IV; v. Schwerin § 66; Stobbe in Jher. Jahrb. 12 S. 241. Über westnordisches Recht vgl. v. Amira, Nordgerm. Ob.-R. II S. 688 zu Note 4, S. 700[1].

[1]) Manuel (5) p. 547.

[2]) Vgl. Kohler bei Kohler und Ungnad Bd. 3 S. 241 unter Berufung auf 4 Urkunden über Mietverträge (Nr. 506. 507. 512. 527), in denen gemietet wird „soviel vorhanden ist". Nicht sehr vie überzeugender erscheint es, wenn Kohler, Aus dem babylonischen Rechtsleben II S. 39 fg. (zustimmend Manigk, Sav.-Zeitschr. 27, 398) aus 2 Urkunden, in denen jemand eine Sklavin mit ihrem Nachwuchs gegen 2⅔ Minen verkauft und später nach Rückgabe des Gelds wieder zurücknehmen will mit der Abrede, „daß die Sklaven, welche gestorben oder geboren sind, dem Verkäufer gehören", folgern will, daß nach dem objektiven Kaufrecht Babylons sofort mit dem Kauf das periculum wie das commodum auf den Käufer übergehe. Aber auch dort, wo ein Grundstück unter Angabe bestimmter Größe verkauft wird mit der Klausel, „ist die Kauffläche kleiner oder größer, so geht

Aber das babylonische Recht bietet sowenig wie das griechische eine wirklich fruchtbare Parallele, da es den Konsensualkauf überhaupt nicht kennt.

Ganz anders freilich das indische Recht, das, soweit wir es in Gesetz und Gewohnheitsrecht zurückverfolgen können, von der verbindlichen Kraft des Konsensualkaufs ausgeht. Es wäre somit in der Tat von höchstem Interesse, wenn Kohler [1]) und Schulz [2]) darin recht hätten, daß das periculum emptoris, so wie es diese Schriftsteller dem römischen Recht zuschreiben, auch bereits dem indischen Recht angehörte. Aber ihre Beweisführung verliert dadurch an Überzeugungskraft, daß beide bei ihrer Auslegung die Frage, ob nach unverschuldetem, vor der Übergabe erfolgenden Untergang der Kaufsache der Verkäufer dem Käufer ersatzpflichtig wird, von der andern nicht geschieden haben, ob in solchem Fall der Kaufpreis zu entrichten ist.

Kohler beruft sich zunächst auf Gautama XII, 42, das in der Übersetzung von Bühler [3]) lautet:

> An (open) deposit, a sealed deposit, an object lent for use, an object bought (but not paid) and a pledge being lost without the fault of the holder, (shall not involve) any blameless person;

bei Colebrooke [4]) aber:

> The necessity of making good a deposit a thing bailed for delivery to a third person, a pledge, a thing borrowed or hired, and the like, if destroyed by the fault of the bailee, shall not fall upon any of his heirs, if they were free from blame: but it falls on the bailee, by whose fault the thing is destroyed.

---

das aufs Konto des Käufers" — so die interessante Urkunde Nr. 87 bei Schorr, Urkunden des altbabylon. Zivil- und Prozeßrechts 1913 S. 112; S. 132—133 — handelt es sich nicht um nachträgliche Unmöglichkeit, also nicht um „Gefahr" im strengen Sinn, sondern nur um die Unabhängigkeit des Kaufpreises von der Wahrheit der Maßangabe.

[1]) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. 3 S. 189—192; Bd. 8 S. 128.

[2]) Ebenda Bd. 25 S. 477—478.

[3]) The sacred books of the East edited by Max Müller vol. 2 p. 241.

[4]) A digest of Hindu Law on contracts and successions, London 1864 II 1, 29.

Zu Recht verweist Bühler auf die entsprechende Stelle bei Manu 8, 189[1]) (nach Bühlers Übersetzung):

(A deposit) which has been stolen by thieves or washed away by water or burned by fire (the bailee) shall not make it good, unless he took part of it (for himself)

und ferner auch Yâjnavalkya 2, 59 und 66, wo es nach der Übersetzung von Stenzler[2]) heißt:

Ein verdorbenes oder vernichtetes (Pfand) soll ersetzt werden, außer wenn es durch das Schicksal oder durch den König geschehen ist, und (66) vom Depositum:

Der Empfänger soll aber nicht gezwungen werden, es zurückzugeben, wenn es ihm durch den König, durch das Schicksal oder durch Räuber genommen ist; tritt der Verlust ein, nachdem es zurückgefordert, aber nicht zurückgegeben ist, so soll er es ersetzen und eine gleiche Geldstrafe geben.[3])

Nicht nur das Aneinanderreihen von Depositum, Leihe, Pfand und Kauf in Gautama XII 42, sondern auch diese Parallelstellen zeigen deutlich, daß es sich auch für den Kauf nur um die Ersatzhaftung des Besitzers der in Verlust geratenen Sache, nicht um das Problem des Bestehenbleibens des Anspruchs auf die Gegenleistung handelt, das bei Deposition, Leihe und Pfand gar nicht auftaucht. Ebenso wie der Depositar soll auch der Verkäufer vor der Übergabe, ehe er nicht formell gemahnt ist, milder wegen Verlusts haften. Er soll die verkaufte Ware übergeben, sobald ihm der Preis gezahlt oder wenigstens angeboten ist. Von da an muß er dem Käufer jeden Verlust ersetzen, der diesem durch das Entgehen von Früchten oder durch Sinken des Preises entsteht.[4]) Die Frage des Schadensersatzes

---

[1]) The sacred books of the East vol. 25 p. 287—288.

[2]) Berlin-London 1849.

[3]) Ebenso streng haftet der Handwerker, wenn er die Sache des Bestellers nach Ablauf der für seine Tätigkeit festgesetzten Zeit zurückhält. Vgl. Katyayana bei Colebrooke II 1, 53. Also eine Anwendung des Grundsatzes dies interpellat pro homine.

[4]) Vgl. Navada VIII 4. 5. 10 (sacred books of the East 33, 147—149 translated by Jolly); Vishnu V 127 (sacred books of the East 7, translated by Jolly); Yâjnavalkya 2, 254; Jolly, Recht und Sitte (1896 in

wegen Untergangs der Kaufsache selbst wird behandelt in Navada VIII, 6:

If the article (sold) should have been injured or destroyed by fire or carryed off, the loss shall be charged to the seller, because he did not deliver it after it had been sold by him.

Zur Erklärung ist aber heranzuziehen Navada VIII 10:

Thus has the rule been declared with regard to that merchandise, for which the price has been tendered. When the price has not been tendered, there is no offence to be imputed to the vendor, except in the case of a special agreement.

Damit steht durchaus nicht in Widerspruch, sondern es steht in Einklang mit der Regelung des Depositum, daß der Verkäufer nach der Mahnung sogar im Fall des Verlusts durch höhere Gewalt dem Käufer den Schaden ersetzen muß.

So Yâjnavalkya 2, 256:

Wenn eine Ware Schaden leidet durch den König oder das Schicksal, so soll der Verlust nur dem Verkäufer zur Last fallen, wenn er sie nicht abgeliefert hat, obwohl er aufgefordert wurde.

Diese Vereinigung der beiden Stellen findet sich denn auch schon in dem Kommentar Yagannâthas[1]):

Who, without rescinding the contract tendered it not, even though a demand were not formally made: in this case the loss falls on the vender, unless the commodity be injured by the act of God or the king. But after a demand, the loss falls on the vender, even though the injury happen by the act of God or of the king; and he must make it good to the purchaser.

Grundriß der Indo-Arischen Philologie und Altertumskunde) S. 109—110; Colebrooke III, chap. 3, sect. 2 (Bd. 2 S. 71 fg.).

[1]) Bei Colebrooke III 2 Nr. 27, wo die Navadastelle wie folgt wiedergegeben wird: Should the thing sold be injured or burned or carried away, after the time when it ought to have been delivered, the loss shall fall on the vender, who delivered it not, when he ought.

So wie Yagannâtha die Navadastelle, so versteht auch der altberühmte Kommentar zur Yâjnavalkya die Mitāksāra[1]) Y 2, 256[2]) von der Schadensersatzhaftung:

> If the vender without rescinding the contract, deliver not the commodity though demanded by the purchaser, and it be injured by the act of God or of the king, that loss falls on the vender; therefore another unblemished commodity similar to that which has been damaged, must be delivered to the buyer.[3])

Es ist also durchaus irrig, wenn Kohler[4]) aus diesen Stellen folgern will, „daß nur im Fall der effektiven Ablieferungsweigerung oder der Nichtablieferung trotz des an ihn gestellten Ablieferungsbegehrens, also nur im Fall der eigentlichen mora solvendi die Gefahr auf den Verkäufer fällt"; oder wenn Schulz[5]) lehrt, der Verkäufer solle nach Y 2, 256 „nur noch bis zur Grenze der höheren Gewalt haften, das periculum vis maioris gehe also mit dem Kaufabschluß auf den Käufer über, ganz wie nach Seckels Aufstellungen im klassischen römischen Recht. Nur bei Schuldnerverzug hafte er auch für höhere Gewalt".

Von periculum emptoris handeln alle diese Stellen nur in dem Sinn, daß sie die Frage erörtern, ob der Käufer ohne Schadensersatz den Anspruch auf die Kaufsache einbüßt, nicht aber in dem uns durch das corpus iuris geläufigen Sinn, ob der Käufer trotz dieses Verlusts den Kaufpreis entrichten müsse. Hingegen handelt von dieser Frage der Gefahr, wie schon die indischen Kommentare klar erkannt haben, die interessante Stelle Yâjnavalkya 2, 255, die bei Colebrooke (III 3, 29) wie folgt wiedergegeben wird:

> If the first vendee refuse to receive the thing sold, it may be sold to another; and if a loss arise by the fault of the vendee, on him alone shall it fall,

und die Stenzler also übersetzt:

---

[1]) Über sie Jolly, Recht und Sitte 32.

[2]) Die bei Colebrooke III 3, 28 wie folgt wiedergegeben wird: Should a commodity sold, but not delivered on demand under tender of payment, be injured by the act of God or of the king, the loss shall fall on the vender.

[3]) Colebrooke a. a. O. [4]) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. 3, 190.

[5]) Ebenda 25, 477—478.

Eine schon verkaufte Ware darf nochmals verkauft werden, wenn der erste Käufer sie nicht annimmt; wenn durch Schuld des Käufers ein Verlust entsteht, so soll derselbe nur dem Verkäufer zur Last fallen.

Man ist sich darüber einig[1]), daß Stenzler zum Schluß versehentlich Verkäufer statt Käufer gesetzt hat.

Vergeblich versucht Kohler diesen ganz allgemein lautenden Schluß nur auf einen durch den zweiten Verkauf gerade entstehenden Verlust zu beziehen. Gerade die ganz allgemein lautenden Worte: wenn durch Schuld des Käufers ein Verlust eintritt, die den vorangehenden Satz begründen, zeigen, daß der Satz nicht nur von dem Fall des zweiten Verkaufs gelten will, er ja auch nach den klaren Worten des ersten Satzes schwerlich durch solch abstrakte Wendung nochmals wiedergegeben worden wäre.

So wie wir legt denn auch schon die Mitāksāra den Schlußsatz[2]) aus:

The loss falls on the vendee, if no other purchaser offer for that thing, and it be destroyed by the act of God or of the king; for the loss hoppens through the fault of the purchaser in refusing to receive the commodity.

Es ist klar, daß diese Sätze vom Standpunkt einer Gesetzgebung unmöglich wären, die den Käufer grundsätzlich schon mit dem Abschluß des obligatorischen Kaufgeschäfts mit der Gefahr im Sinn der justinianischen Kompilation belastete, ganz ebenso wie die berühmte Paulus-Stelle in l. 13 u. 15 D. 18, 6 und die übrigen klassischen Belege, die das periculum emptoris erst an den Annahmeverzug des Käufers knüpfen.[3])

Diesem unserem Ergebnis entspricht schließlich auch Vishnu 5, 129, welche Stelle Jolly wie folgt übersetzt:

If there should be a loss upon a commodity purchased

[1]) Kohler a. a. O. S. 190; Jolly, Recht und Sitte S. 111 [1].

[2]) Colebrooke III 3, 29. Übereinstimmend Jolly, Recht und Sitte S. 109, während Schulz die Stelle nicht berücksichtigt.

[3]) Vgl. oben S. 73 fg. und S. 146 fg.



which the purchaser refuses to accept (though it has been tendered to him), the loss shall fall upon the purchaser.

Nun ist zwar Kohler[1]) darin zuzustimmen[2]), daß das Sanskritoriginal den Annahmeverzug des Käufers nicht so deutlich enthält, aber schon der gelehrte Kommentator des Vishnu Nandapandita[3]) erklärt die Belastung des Käufers mit der Gefahr damit, daß dieser in Annahmeverzug geraten sei, wie uns Kohler aus einer ihm von Jolly zur Verfügung gestellten „handschriftlichen Lesart" mitteilt. Jolly selbst, der die Rechtsfrage ohne romanistische Voreingenommenheit geprüft hat, lehrt denn auch durchaus im Einklang mit unserem Ergebnis auf Grund der besprochenen Gesetzesstellen: „Bei Verweigerung oder Verzug der Annahme geht das Risiko betreffs Beschädigung oder Verlust der verkauften Sache durch Feuersbrunst, Diebstahl usw. auf den Käufer über, und die Sache kann anderweitig verkauft werden."[4]) Der von Kohler behauptete Widerspruch der herrschenden Auslegung der Vishnustelle zu den anderen Stellen besteht aber gar nicht, sobald man das Problem der Ersatzhaftung des Verkäufers und das der Gefahrtragunng hinsichtlich der Kaufpreises auseinanderhält. Daß aber nicht Vishnu nur darum an den Fall des Annahmeverzugs gedacht habe, „weil ein Verbleiben der Ware beim Verkäufer trotz Perfektion des Geschäfts meistens einen Annahmeverzug voraussetzen wird", wie Kohler „schlimmstenfalls" den angeblichen „Widerspruch" ausgleichen will, zeigen die früher besprochenen Unterscheidungen in Narada VIII, 6 und 10, Gautama 12, 42 und Yâjnavalkya 2, 256, die doch sämtlich den Fall des Verbleibens der Ware beim Verkäufer trotz Perfektion des Konsensualgeschäfts behandeln.

Während nach Schulz[5]) das indische Gewohnheitsrecht über unsere Frage keine klare Entscheidung gibt, beruft

---

[1]) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. 3, 191.

[2]) Wie mein Kollege Gustav Herbig in Rostock, der die Güte hatte, die Stelle mit mir zu besprechen, mir bestätigt.

[3]) Über ihn Jolly, Recht und Sitte S. 33—34. 38.

[4]) Recht und Sitte (1896) S. 109.

[5]) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. 25 S. 478[48].

sich Kohler[1]) für das periculum emptoris hier auf die bekannte Darstellung von Arthur Steele: The Law and Customs of Hindoo Castes.[2])

Aber die beiden von Kohler angeführten Stellen dürften seiner Grundauffassung schwerlich günstig sein. Die erste[3]):

> Articles purchased and left to be delivered by the sellers people; if accidentally lost on the way, the loss falls on the purchaser

entspricht der allerjüngstens vom Reichsgericht[4]) dem § 447 unseres BGB. gegebenen Auslegung und bürdet dem Käufer aus ohne weiteres einleuchtenden Billigkeitsgründen die Gefahr der Reise auf, die die Ware vom Erfüllungsort des Verkäufers an ihren Bestimmungsort machen soll, eine Vorschrift, die vom Standpunkt des gemeinrechtlichen periculum emptoris völlig sinnlos wäre, da hier ja gerade jeder Käufer einer Spezies sofort mit dem Vertragsschluß jedwede Gefahr zu tragen hätte.

Nicht besser steht es mit Kohlers letztem Beleg[5]), der sich auf den Tierkauf bezieht:

> In carrying home cattle, lucky or unlucky days are consulted. If earnest have been paid and the animal die even while in the stall of the vender, the purchaser must bear the loss. Unless their death is caused by the vendor's neglect or ill-treatment.

Der Sinn dieser Stelle ist nicht, daß der Käufer vom Geschäftsschluß an für jeden Zufall (Kohler) oder wenigstens für höheren Zufall (als welchen nach Schulz der gemeine Tod eines verkauften Tiers zu gelten habe[?]) die Gefahr trage, sondern daß der Käufer, wenn er nach Befestigung des Geschäfts durch Hingabe eines Angelds aus aber-

---

[1]) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. 8 S. 128.

[2]) Hier zitiert in der new edition, London 1868.

[3]) Steele a. a. O. S. 278.

[4]) Vgl. Entsch. Bd. 96 S. 258 fg.: „Auch wenn der Verkäufer die Ware durch seinen eigenen Angestellten auf eigenem Wagen an den Bestimmungsort bringen läßt, kann man immerhin von einem „Ausliefern" der Waren an die zur Ausführung der Versendung bestimmte Person sprechen."

[5]) Steele a. a. O. S. 281.

gläubischer Furcht, das gekaufte Vieh an einem „Unglückstag" nach Haus zu überführen, es zunächst noch beim Verkäufer stehen läßt, nun die Gefahr übernehmen muß, wenn die ihm zur Verfügung gestellte Ware beim Verkäufer untergeht. Auch hier handelt es sich um den besonderen Fall des Annahmeverzugs, aus dem heraus ausnahmsweise der Käufer schon vor der Übergabe die Gefahr tragen muß, ebenso wie im entsprechenden Fall der Besteller im Werkvertrag nach der Entscheidung Kātyāyanas[1]), die Yagannâtha[1]) wie folgt erläutert:

> If the artist having finished the work one those parts for which the thing was intrusted to him, tender it to the owner, and he do not receive it, saying „let it remain for the present" .... it is the owner's loss.

Dem entspricht die Entscheidung hinsichtlich des zur Probe dem Käufer übergebenen Viehs für die Zeit vor und nach Ablauf der Probe.[2])

So bestätigt denn die Betrachtung des indischen Gewohnheitsrechts unser für das Gesetzesrecht gewonnenes Ergebnis, daß auch bei den Indern wie bei den Römern und Germanen der Käufer grundsätzlich nicht schon vom Abschluß des Konsensualkaufs an, sondern erst von der Übergabe oder dem Annahmeverzug die Gefahr zu tragen hat. Die „welthistorische Würdigung des Prinzips" vom periculum emptoris wird freilich auch dadurch „wesentlich geändert"[3]), daß wir seine Wurzeln weder im babylonischen noch griechischen, indischen oder römischen Recht, sondern erst in der hellenistisch-orientalische und römische Rechtsgedanken in unglücklicher Weise verschmelzenden Rechtskunst der Byzantiner zu suchen haben.

---

[1]) Colebrooke a. a. O. II 1 Nr. 53.
[2]) Vgl. oben S. 129[3].
[3]) Worte Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. 3 S. 192.

IV.

Fragmente eines altbabylonischen Gesetzeskodex in sumerischer Sprache.

Von

Herrn Professor Dr. **Arthur Ungnad**

in Greifswald.

Unsere Kenntnisse vom Recht des alten Orients haben im 20. Jahrhundert bedeutende Erweiterungen erfahren. Den Anfang machte die Stele Ḫammurapis (1901/02), weiter fanden sich assyrische Gesetze, deren Veröffentlichung zur Zeit erfolgt, und hethitische, die leider durch die Ungunst der Verhältnisse noch nicht publiziert werden konnten. Von allen diesen Sammlungen war der Codex Hammurapi die älteste, bis 1914 die Aufmerksamkeit auf eine Tafel [A] mit sumerischen Gesetzen gelenkt wurde [1]), deren Edition im nächsten Jahre erfolgte.[2]) Jetzt sind drei weitere Tontafeln mit sumerischen Gesetzen von H. F. Lutz [3]) publiziert worden. Während A wahrscheinlich aus Warka stammt, ist über diese drei Tafeln des Museums zu Philadelphia nichts Sicheres zu erfahren, aber schon die Schrift zeigt, daß sie älter als Ḫammurapi sind. Man möchte sie am liebsten in die Zeit der Larsa-Dynastie setzen. Es handelt sich um folgende Urkunden:

---

[1]) Clay, OLZ 1914, 1 ff. — Abkürzungen: Br = Brünnow, *Classified List.* — CBM = Collection of the Babylonian Museum, Philadelphia. — CH = Codex Hammurapi. — DSG = Delitzsch, *Sumerisches Glossar.* — OLZ = *Orient. Lit.-Ztg.* — PSBA = *Proc. of the Soc. of Bibl. Arch.* — SAI = Meissner, *Seltene Assyrische Ideogramme.* — UM = *University of Pennsylvania, The University Museum, Publications of the Babylonian Section.* — YBT = *Yale Oriental Series, Babylonian Texts.*

[2]) A. T. Clay, *Miscellaneous Inscriptions in the Yale Babylonian Collection* (= YBT I, New Haven 1915), No. 28.

[3]) H. F. Lutz, *Selected Sumerian and Babylonian Texts* (= UM I 2, Philadelphia 1919).

B = CBM 8284 = UM I 2, No. 101, ziemlich vollständig erhalten. Auf Vorder- und Rückseite je 2 Kolumnen. Die Tafel endet mitten in einem Satz, hat aber sonderbarerweise weder Folgeweiser noch Serienbezeichnung.

C = CBM 13632 + 13647 = UM I 2, No. 100, teilweise zerstört; Duplikat zu C, wie bereits Lutz gesehen hat. Auf Vorder- und Rückseite je 2 Kolumnen.

D = CBM 8326 = UM I 2, No. 102. Auf Vorder- und Rückseite je 2 Kolumnen; Kol. IV fast ganz zerstört.

Da A, dessen Vorderseite fehlt, auf der Rückseite 3 Kolumnen hat, gehört es zum mindesten einer andern Redaktion an.[1]) B, C, D stammen vielleicht aus Nippur; eine Bearbeitung ist mir nicht bekannt.

Um diese wichtigen Texte möglichst schnell allen Fachgenossen zugänglich zu machen, gebe ich im folgenden Umschrift und, soweit mir dies bisher möglich ist, Übersetzung, wobei bemerkt werden muß, daß einzelne Stellen noch eingehenderer Bearbeitung bedürfen. Auf eine Diskussion im einzelnen einzugehen, verbietet schon der Raummangel. Die Umschrift schließt sich an DSG an, soweit es nicht in den Anmerkungen besonders bemerkt ist.

B und C.[2])

I tu*kum*[3])-*bi*
lù *lù-ù*
giš-šar giš *gub-bu-dè*
kislaḫ[4]) i*n-na-an-sí*
5 kislaḫ-*bi*
giš-šar *giš gub-bu-dè*
nu-ni-*in-til*[5])
lù giš-*šar in-gub-ba*
šà ḫa-*la-ba-na*-ka

[§ 1] Gesetzt, jemand hat einem (andern) zur Anpflanzung eines Gartens mit Bäumen ein unbebautes Stück gegeben, und er hat jenes unbebaute Stück zur Anpflanzung eines Gartens mit Bäumen nicht fertig gestellt, so muß derjenige, der den Garten angepflanzt hat, von dem ihm zuste-

[1]) *ti-la* in der Unterschrift von A hat nichts mit *di-til-la* zu tun, wie Clay (YBT I, S. 19) annahm, da die gleiche Unterschrift sich auch unter der Gewichtstabelle NBC 2513 (Nies und Keiser, *Historical, Religious and Economic Texts*, New Haven 1920, No. 36) findet.

[2]) Grundtext B; alles, was auf C erhalten ist, wird kursiv wiedergegeben, auch Ergänzungen, die aus C genommen sind.

[3]) šú-gar-tur-lal. [4]) ki-ud. [5]) be.

10 kislah *ba-ra*-al-*ták*[1])
in-n*a-ap-s*[*i*]-*mu*

tuk*u*[*m*-*b*]*i*[2])
giš-šar [lù]-*ka*
in-e (?)[3])
15 nam-[×-*šù*][4]) *ba-tuš*[5])
X gìn kù-babbar *ì-lal-e*
tukum-b*i lù*
giš-šar *lù-ka*
giš in-sìk
20 maš ma-na kù-babbar
ì-lal-e
tuk*[*u*]*m*-*b*[*i*] *lù
ê-e ús[6])-*sa-ni*
II *kislaḫ lù al-ták*
lugal ê-a-kè[7])
lù (!) *kislaḫa-r*a
kislaḫ-*z*u al-ták
5 *ê-mu lù* ì-buru(?)[8])-dè(?)
*ê-zu kala-g*a-ap
*in-na-an-d*uk
inim-(*i*)*nim keš*[9])-*d*u-bi
un-da-an-gi-en
10 *lugal* (!) *kislaḫ-a*-kè
lugal ê-a-ra

henden Anteil (Ersatz für) das unbebaute Stück, das er übriggelassen hat, jenem geben.[10])

[§ 2] Gesetzt, (jemand) ist in eines (andern) Garten gegangen (?) und hat sich dort unbefugt (?) aufgehalten, so muß er 10 Sekel Silber darwägen.

[§ 3] Gesetzt, jemand hat in eines (andern) Garten Holz geschlagen, so muß er eine halbe Mine Silber darwägen.[11])

[§ 4] Gesetzt, unmittelbar neben jemandes Hause hat jemand ein unbebautes Stück liegenlassen und der Eigentümer des Hauses hat zu dem Mann des unbebauten Stückes gesagt: „Dein unbebautes Stück hast du liegenlassen; jemand kann (von da aus) in mein Haus einbrechen; mache dir ein festes Haus!“ — (gesetzt, jener) hat die ihm obliegende Verpflichtung (dennoch) nicht erfüllt (?), so muß der Eigentümer des unbebauten Stük-

---

[1]) Dahinter noch ein (wohl ausgekratztes) ták. C hat *r*]*a-ab*(!)-*ták*. Die vielumstrittene Frage der Aussprache auslautender Verschlußlaute im Sumerischen scheint mir durch die griechische Umschrift *σεκ* des sum. *sik* „aufschütten“ (PSBA XXIV, 1902, S. 112) entschieden zu sein. Auch *σειϑ* = *šit* „Wasserrinne“ geht auf *šit*, nicht *šid* zurück.

[2]) C [*tuku*]*m-bi lù;* vielleicht ist B danach zu verbessern; vgl. I 17. 22.

[3]) e = guniertes ud (später wie dul) + du. Das Zeichen ist in beiden Texten nicht ganz klar.

[4]) C bietet vor *šù* (hier und III 24 wie *túk* geschrieben) Reste von 3 Wagerechten und 1 Senkrechten, also [*m*]*a* o. ä.

[5]) Zeichen ku. [6]) Zeichen uš. [7]) Zeichen kit.

[8]) Sieht wie ḫi aus; es liegt aber wohl guniertes u mit der Lesung buru = palâšu „einbrechen“ vor.

[9]) Br 4288. [10]) CH XVI 27—33. [11]) CH XVI 4—9.

nik ú-gu-dé-a-ni *in-na-ap*-zu-zu [1])	kes dem Eigentümer des Hauses alles, was ihm (dadurch) abhanden kommt, ersetzen.[8])
***tukum**-bi* 15 *geme* [2]) *eri* [3]) *lù-ù* šà uru-ka ba-zaḫ [4]) ê lù-ka áš itu-ám ì-sû [5])-a 20 ba-an-gi-en sak sak dìm ba-ap-sí-mu	[§ 5] Gesetzt, ein Sklave oder eine Sklavin jemandes ist innerhalb der Stadt fortgekommen, und es hat sich erwiesen, daß (der Sklave) sich einen vollen Monat lang[9]) in eines (andern) Hause aufgehalten hat, so muß der (andere) Sklaven für Sklaven geben.[10])
tukum-bi sak nu tuk III XXV gìn kù-babbar ì-lal-e	[§ 6] Gesetzt, (jener) hat keinen Sklaven, so muß er 25 Sekel Silber darwägen.
***tu*kum**-bi *eri* lù-kè 5 *lugal*-a-ni-ir *nam-eri-d*a-ni *ba* [6])*-an-da-rí* (?) [7]) *lugal-a-ni*-ir *nam-eri-da-n*[*i*] 10 *a-rá II*-ám u*n*-*g*i-en eri-bi al-búr-e	[§ 7] Gesetzt, jemandes Sklave hat seinem Eigentümer sein Sklaventum ...., und hat seinem Eigentümer sein Sklaventum (schon) zweimal ...., so muß der betreffende Sklave „gelöst“ werden.

---

[1]) C besser *su-su*. [2]) amtum. [3]) wardum.
[4]) ḫa-a; zur Lesung vgl. DSG, S. 222. [5]) Zeichen ku.
[6]) C fügt (wohl irrtümlich) *da* ein. [7]) Zeichen âlu?
[8]) Diese Bestimmung deckt sich mit § 73 des CH (in Kohler-Ungnad, *Hammurabis* Gesetz II, S. 35 = Rm 277 III). Man lese also (38) *be-el* [*nidûtim*] (39) *mi-im-ma*[*-šú ḫal-ga-am*] (40) *i-r*[*i-a-ab-šum*]. Auch § 76 (= *Délégation en Perse* X, S. 83) gehört eng mit unserm § zusammen; vgl. besonders [*bi*]*-ti i-pa-al-la-šú-nim* mit B II 5.
[9]) Diese Zeit genügte vollkommen, den rechtmäßigen Eigentümer zu ermitteln.
[10]) Außerdem muß er natürlich den unrechtmäßig zurückbehaltenen Sklaven ausliefern.

tukum-bi
15 *mi gál gìr* (?)[1])
ník-ba lugala-kam
nu-up-da-an-kar-ri

[§ 8] Gesetzt, ein . . . . .[6]) ist ein Gèschenk des Königs, so darf man ihn nicht wegnehmen (?).

tukum-bi
mi gál gìr (?)
20 ní-te-a-ni-ta
lù-ù un-ši-gin
lù-*bi*
nu-un-ta*k-tak*[2])
ki (?) šà-*ga-na-šù*
25 ḫa-*ba-gin*

[§ 9] Gesetzt, ein . . . . .[6]) ist aus freien Stücken zu jemandem gegangen, so darf der Betreffende nicht Hand an ihn legen (?)[7]): (jener) darf gehen, wohin er Lust hat.

IV **tuk*um***-*bi*
lù *lù-ù*
á nu *gar-ra-t*[*a*]
ka nu *zu*-[*ni*]
5 in-*d*[*a*]-la[l]
lù-*bi*
nu-un-gi-en
ka in-da-lal-a
nam-i-dú(?)-×-ba[3]) ḫ*e*-*il-e*

[§ 10] Gesetzt, jemand hat einem (andern), ohne daß . . . ., ein . . . ., das er nicht kennt (?), gebunden (?), und der Betreffende hat es nicht erweisen können (?), so darf er das . . . ., das er gebunden (?) hat, ... davontragen.[8])

10 **tuk*um***-*bi*
lug*al ê-a*[4])
ù nin ê-a-kè
gú-un ê-a
in-šub-bu-túm[5])

[§ 11] Gesetzt, der Eigentümer eines Hauses — oder die Eigentümerin eines Hauses — hat die Last, die das Haus mit sich bringt, von sich geworfen[9]) und ein

---

[1]) Oder uk, as, pirik, anšu, kiš?

[2]) So wohl auch C IV 3 (statt *lugal*) zu lesen.

[3]) Lesung dieser Zeile ganz unsicher.

[4]) Letzte Zeile von C. Wenn nicht am zerstörten Rande noch etwas stand, so brach auch C wie B mitten im Satze ab!

[5]) túm ist mir unerklärlich; vielleicht ist es aus Z. 20 fälschlich hierher geraten.

[6]) Handelt es sich hier um bestimmte halbfreie Arbeiter?

[7]) tak = lapâtu? Gemeint ist wohl, der Herr darf seine Dienste nicht länger in Anspruch nehmen, als es vertraglich ausgemacht ist.

[8]) Der § 10 ist mir unverständlich.

[9]) Indem er fortzog, das Haus nicht mehr instand hielt und es auch nicht weitervermietete.

15 lù-kur-e un-íl
mu III-kam-ma-ka
nu-up-ta-e [1])-a
lù gú-un ê-a
in-íl-la
20 ê-bi ba (?) [2])-an-túm
lugal ê-a-kè
inim nu-um-gá-gá-a

Fremder hat sie auf sich genommen und ist 3 Jahre lang nicht (aus dem Hause) gegangen, so darf derjenige, der die Last des Hauses auf sich genommen hat, das betreffende Haus an sich nehmen; der (ursprüngliche) Eigentümer des Hauses kann keinen Einspruch erheben.[4])

tuk[**um**]-bi
lugal ê-a-kè

[§ 12] Gesetzt, der Eigentümer des Hauses

D.

I [**tuk**]**um**-bi
[dam e]gir-ra
[lù (?)] an-tuk-a
[d]umu in-ši-in-tu-ut
5 Sak-Pa + Kap + Du [3])
ê ad-da-na-ta
mu-un-tum-ma
dumu-na-kam
dumu dam nitalam
10 ù dumu dam egir-ra
níg-ga ad-da-ne-ne
ur-a-sí-ga-bi
ì-ba-e-ne

[§ 13] Gesetzt, eine Nachgattin[5]), [die jemand (?)] genommen hat, hat ihm Kinder[6]) geboren, so gehört die Mitgift, die sie aus dem Hause ihres Vaters eingebracht hat, ihren Kindern. Die Kinder der Vorgattin und die Kinder der Nachgattin werden die Habe ihres Vaters gleichmäßig teilen.

tukum-bi lù-ù
15 dam in-tuk
dumu in-ši-in-tu-ut

[§ 14] Gesetzt, jemand hat eine Gattin genommen, (diese) hat ihm Kinder geboren und diese Kinder

---

[1]) ud-du. [2]) Eher wie su geschrieben.

[3]) Jedenfalls = šeriktum; vgl. Br. 3526. 5655; SAI 2289. 3992.

[4]) Ein verlassenes und vernachlässigtes Haus war eine Gefahr für die Nachbarschaft. Der Verlust des Hauses ist deshalb eine gerechte Strafe für den Säumigen.

[5]) So wollen wir diesen Begriff übersetzen, zumal es fraglich ist, ob egir hier temporal oder graduell gebraucht wird. Im ersten Falle wäre es die Ehefrau, die der Mann nach dem Tode der nitalam = ḫîrtum (d. i. die erste Gattin, die jemand in seinem Leben hat) heiratet, im andern wäre es die Nebengattin (CH šugîtum).

[6]) dumu hier kollektiv.

dumu-bi in-ti
ù geme[1]) lugal-a-ni-ir
dumu in-ši-in-tu-ut
20 ad-da-a geme
ù dumu-ne-ne
ama-ar-gé-bi in-gar
dumu geme-kè
dumu lugal-a-na-ra
25 ê nu-un-da-ba-e

bleiben am Leben, ebenso hat eine Sklavin (ihm,) ihrem Herrn, Kinder geboren, und der Vater hat die Sklavin und ihre Kinder freigelassen, so haben die Kinder der Sklavin keinen Anteil mit den Kindern ihres Herrn am Hause.[6])

[t]**ukum**-bi
[da]m nitalam-a-ni
[ba](?)-úš[2])
[egi]r dam-a-na-ta
30 [×] ni nam ×[3]) ku
[×] an-tuk-tuk
[××] dam(?) [.....][4])
II dumu [.....]
dumu [.....]
lugal-a-ni-[ir]
in-ši-in-tu-u[t]
5 dumu dumu-šù dìm-×[]
ê-a-ni íp-šár-r[i]

[§ 15] Gesetzt, jemandes Vorgattin ist gestorben und nach (dem Tode) seiner Gattin hat er seine [....] .... genommen [....] Gattin (?) [.....] Kinder [.....] hat Kinder [.....] ihrem Herrn geboren, so werden die (einen) Kinder den (andern) Kindern ...... sein Haus ......

tukum-bi
lù-ù
dam-a-ni
10 dumu nu-un-ši-in-tu-ut
kar-kid-da
An-Aš-An-a[5])
dumu in-ši-in-tu-ut

[§ 16] Gesetzt, jemandem hat seine Vorgattin keine Kinder geboren, (wohl aber) hat eine Buhle[7]) auf der Straße[8]) ihm Kinder geboren, so wird er der betreffenden Buhle Verpflegung, Salböl und Kleidung geben; die Kinder, die

---

[1]) amtu.

[2]) úš allerdings bisher nur als mîtu „tot" nachweisbar, s. DSG, S. 58.

[3]) Ausgekratzt?

[4]) Fraglich, ob zwischen I 32 und II 1 noch etwas fehlt.

[5]) An-Áš-An = rêbitu, Straße (VAT 7441 = Delitzsch, *Abh. d. Berl. Ak.* 1914, No. 3, S. 17; NBC 1307 III 134 = Nies-Keiser, *Historical, Religious und Economical Texts*, No. 22).

[6]) Trotz ihrer nunmehrigen gehobenen sozialen Stellung.

[7]) In karkit = ḫarimtu liegt jedenfalls nicht von vornherein der Begriff der Hierodule; vgl. das häufige ḫarmu „der Buhle".

[8]) D. h. „außerhalb des eigenen Hauses".

kar-kit-ba
15 še-ba ì-ba
sík-ba [1])
in-na-ap-sí-mu
dumu kar-kid-dè
in-ši-in-tu-ud-da
20 ibila-ni ì-me-en
u(t) dam-a-ni
a-na ti-la-áš
kar-kid
dam nitalama-ra
25 ê-a nu-mu-un-da-an-tuš [2])

die Buhle ihm geboren hat, sind seine Erben. Solange (aber) seine Gattin lebt, darf die Buhle nicht mit der Vorgattin im Hause Wohnung nehmen.

tukum-bi
lù lù-ù
dam nitalam-a-ni
igi-ni ba-ab-gé
30 × × ba-an-lal-lal
[×] [3])-ta nu-up-ta-e [4])
III dam-a-ni
dam × [5]) × [6])
ba-an-tuk-a
dam egir-ra
5 dam nitalam
in-íl-íl

[§ 17] Gesetzt, jemand hat auf jemandes Vorgattin sein Auge gewendet . . . . ist [8]) nicht aus [dem Hause] (?) herausgegangen [9]), so wird ihr Gatte, der eine . . . . . .-Gattin genommen hat, die Nachgattin als Vorgattin erheben (?). [10])

tukum-bi
[×] uš di tur (?)
ê úr (?)-ra-na-ka
10 ni-in [. . . .] [7])

[§ 18] Gesetzt, ... hat im Hause seines . . . . . [. . . .
(Rest zerstört).

[1]) Dahinter Rasur. [2]) Zeichen ku. [3]) Spuren von ê?
[4]) Zeichen ud-du.
[5]) Zeichen wie Br. 4696, aber mit 2 Senkrechten zwischen den vorderen Wagerechten.
[6]) Radiert?
[7]) Vom Rest nur Spuren: (11) ník di (?) tu[r (?); (12) í[p (?); (13) im[; (14) ba[; (15) b[a(?); (18) [i]n-na-ap-×-[×]-ne; (19)]up (?)-×-ta (?)-ni; (20) tuk-tuk; (21)]ni; (22)]an. Von Kol. IV sind nur Spuren an den Zeilenenden erhalten: (2)]lal; (3)]ni.
[8]) Subj. die Gattin? [9]) Vgl. CH VII r 36; VIII r 7?
[10]) Die Interpretation dieses § ist noch sehr unsicher.

Auf das Verhältnis der sumerischen Gesetze zum CH kann hier nicht näher eingegangen werden. Wie wir sehen, behandelt C/D Besitzverhältnisse: Garten, Haus, Sklaven. Da es wohl möglich ist, daß CH in der großen Lücke nach Erledigung der Hausfragen kurz die Sklaven behandelte, und da es sehr wahrscheinlich ist, daß das sumerische Gesetz vor dem Gartenbau die Feldwirtschaft erörterte, so besteht in beiden Sammlungen die gleiche Reihenfolge:

CH: Feld, Garten, Haus, [Sklaven];
Sum.: [Feld,] Garten, Haus, Sklaven.

Beachtenswert ist die völlige Übereinstimmung mit CH in § 3, wo sogar die Strafsumme die gleiche ist. Unerklärlich ist es mir, warum § 11 durch die Arbeitergesetze §§ 5—9 (10) von dem eng dazugehörenden § 4 getrennt ist.

Die in Tafel D behandelten Fragen des Erbrechts, haben im CH keine wirkliche Parallele; doch kann man wohl behaupten, daß der Geist, der in beiden Codices herrscht, im wesentlichen der gleiche ist.

V.

Untersuchungen zum Staatsrecht des Bas-Empire.

Von

Herrn Privatdozenten Dr. **Ernst Stein**

in Wien.

I. Principes scholae agentium in rebus.

Das Material über die agentes in rebus hat im XVII. Jahrhundert der gewaltige Gothofredus in seinen Paratitla und Kommentaren zu den Titeln 27—29 des VI. Buches des Codex Theodosianus nicht nur zusammengetragen, sondern auch mit bewundernswertem Scharfsinn und reichem Ertrage bearbeitet, so zwar, daß seine Leistung in vielen Punkten als abschließend gelten kann. Hinsichtlich derjenigen agentes in rebus, welche zur Würde von principes gelangen, befriedigen Gothofreds Ausführungen nicht. Diesen Gegenstand hat von den Neueren, die sich mit den agentes in rebus befaßt haben, weder Hirschfeld[1]) noch Bellino[2]) im geringsten gefördert. Nur Mommsen hat in den „Ostgotischen Studien“, die bekanntlich nicht bloß für das italienische Königreich, sondern für die gesamte spätantike und frühmittelalterliche Verfassungsgeschichte von größter Bedeutung sind, seinen Nachfolgern in der Forschung wertvolle Fingerzeige gegeben, ohne selbst Irrtümer zu vermeiden und der Sache weiter nachzugehen[3]); insofern die Ausführungen von Seeck, R.-E. I 776—779 die Bemerkungen Mommsens mißachten, bedeuten sie diesem gegenüber einen Rückschritt.

Mommsen, Ges. Schr. VI 409f. und neuerdings Marchi[4]) haben sehr richtig auf den Unterschied hingewiesen zwischen dem Prinzipat, der Vorstandschaft der schola agentium in rebus und dem principatus officii, zu dem Angehörige der

[1]) Kl. Schr. 624ff. [2]) Diz. Epigr. II 2, 1415—1418.

[3]) Ges. Schr. VI 404—416.

[4]) In seinem schönen Aufsatz: Il „princeps officii“ e la notitia dignitatum, Studi giuridici in onore di Carlo Fadda V (1906) 386f., Anm. 5.

schola agentium in rebus in die Bureaux verschiedener Funktionäre deputiert werden. Dieser Unterschied liegt der Anordnung der Rechtsbücher zugrunde: Wenn unter dem Titel De agentibus in rebus (Cod. Theod. VI 27 und Cod. Just. XII 20) auch Bestimmungen über principes Aufnahme gefunden haben, während ein Titel (Cod. Theod. VI 28 und Cod. Just. XII 21) De principibus agentum in rebus folgt, so war ursprünglich offenbar geplant, im ersteren Titel die agentes in rebus, darunter die zum principatus officii deputierten, zu behandeln, im letzteren, abgesondert von jenen, die — demnach (was sich weiterhin als wichtig erweisen wird) nicht mehr als eigentliche agentes in rebus betrachteten — Vormänner der Schola. Allein die Flüchtigkeit oder Ungeschicklichkeit der theodosianischen Kompilatoren, vielleicht auch die nicht immer sehr präzise Ausdrucksweise mancher Gesetze, schließlich der später zu erörternde Umstand, daß der Prinzipat der Schola mit dem Prinzipat gewisser Offizien kumuliert wird, haben bewirkt, daß Bestimmungen sowohl über die eine als auch über die andere Kategorie von principes bald in den einen, bald in den anderen der beiden Titel aufgenommen worden sind, so daß Gothofredus, dem die Verschiedenheit der beiden Arten des bei den agentes in rebus vorkommenden Prinzipats nicht entgangen war, sich in diesem Wirrsal nicht zurechtfinden konnte.[1]) Ein systematischer Versuch, soweit als möglich zu bestimmen, welche Gesetze auf die Vormänner der Schola,

[1]) An der Stelle, an der er vor einer Verquickung der beiden Kategorien warnt, bezieht er irrtümlich auf die Vormänner der Schola Gesetze (Kommentar zu Cod. Theod. VI 28, 1), die er an einer anderen Stelle — wie sich zeigen wird, richtig — auf die der Schola entnommenen principes officiorum bezieht (Komm. zu Cod. Theod. VI 27, 8. 9, letzter Absatz); im Komm. zu Cod. Theod. VI 27, 5 vermischt er selbst beide Arten. Der Umstand, daß unleugbar in jedem der beiden Titel Verordnungen stehen, die in den andern gehören, hat es auch verschuldet, daß Marchi a. a. O. die Meinung äußern konnte, der Titel VI 28 beziehe sich auf principes officiorum. In Wirklichkeit kann natürlich „De principibus agentum in rebus" nur „Über die Principes der Agentes in rebus", nicht „Über die zum principatus officii deputierten Agentes in rebus" bedeuten und muß daher auf die Vormänner der schola agentium in rebus gehen.

welche auf die zum principatus officii deputierten agentes in rebus sich beziehen, ist nie unternommen worden; dies zu tun müssen wir als unsere erste Aufgabe betrachten, wenn wir zu einem genaueren Verständnis der in Rede stehenden Funktionäre vordringen wollen.

Vor Augen halten muß man sich die Selbstverständlichkeit, daß kein agens in rebus in der allgemeinen Beamtenhierarchie einen höheren Rang einnehmen kann als den, welcher dem Scholenprinzipat zukommt; auszugehen ist daher von Mommsens Feststellung, daß ein Gesetz des Honorius vom 25. September 410 (Cod. Theod. VI 28, 7 = Cod. Just. XII 21, 3), indem es den principes agentum[1]) in rebus prokonsularischen Rang verleiht, die Vorstandschaft der Schola im Auge habe, da die zum Offizienprinzipat Deputierten „erst im Jahre 426 statt des konsularischen den Rang der vicarii erhielten (C. Th. VI 27, 20. 21. 22), welche den Prokonsuln nachstehen".[2]) Was in Cod. Theod. VI 27, 20—22 und sonst ausdrücklich gesagt ist, daß der betreffende Rang nicht dem aktiv Dienenden, sondern nur dem in den Ruhestand Tretenden verliehen werde, ist bei Cod. Theod. VI 28, 7 stillschweigend vorausgesetzt, da der prokonsularische Rang viel zu hoch steht, als daß ein Subalternbeamter, wie es auch der Vormann der agentes in rebus noch ist, dafür in Betracht käme. Zu bemerken ist ferner, daß keinerlei Bedeutung dem Umstande beizumessen ist, daß das zuletzt erwähnte Gesetz im Abendlande, Cod. Theod. VI 27, 20—22 dagegen im Osten erlassen worden sind; daß das Gesetz des Honorius auch im Osten, die Bestimmungen Theodosius' II. auch im Westen Rechtskraft erhielten, wird bewiesen durch die bis 429 für die territoriale Wirksamkeit von Gesetzen geltenden allgemeinen Normen[3]), durch die

[1]) So der Codex Justinianus, während der Theodosianus principes agentes in rebus hat. Daß in der theodosianischen Fassung ein Kanzlei- oder Schreiberversehen vorliegt, das durch die justinianische berichtigt ist, geht aus der gleich zu entwickelnden Tatsache hervor, daß die Vormänner der Schola nicht als agentes in rebus, sondern als ex agentibus in rebus angesehen werden.

[2]) Mommsen, Ges. Schr. VI 410, Anm. 1, wo im zweiten Zitat statt des 27. versehentlich der 28. Titel von Cod. Theod. VI genannt ist.

[3]) Vgl. darüber Mommsen, Ges. Schriften VI 310, Anm. 1. 457 f.

ausgezeichneten Beziehungen, in denen sowohl 410 (vgl. Seeck, Gesch. d. Unt. d. ant. Welt V [1913] 408) als auch bekanntlich in den ersten Jahren Valentinians III. die beiden Regierungen zueinander stehn, durch die Suprematie des älteren Augustus, die in dem einen Falle dem Honorius, im anderen Theodosius II. zukam (vgl. Mommsen, Ges. Schr. IV 558), und last not least dadurch, daß das Gesetz des Honorius in den Codex Justinianus aufgenommen worden ist. Aus dieser Verordnung ist für die Terminologie der beiden Arten von principes nichts zu entnehmen, wohl aber aus Cod. Theod. VI 27, 20 + 21 vom 23. Dezember 426, woselbst der von Mommsen als solcher erkannte Offizienprinzipat der agentes in rebus als ducenae dignitatis principatus (l. 21) bezeichnet wird; der Name rührt davon her, daß diese principes officiorum in ihrer Eigenschaft als agentes in rebus den Rang von ducenarii hatten, d. h. der höchsten Klasse ihrer Schola angehörten.[1]) Demnach ist auch sonst unter dem principatus ducenae überall der Offizienprinzipat zu verstehen.

Die Stellung eines princeps officii als solche ist, auch wo es sich um den Bureauchef eines militärischen Funktionärs handelt, durchaus die eines friedlichen Kanzleibeamten; es ist deshalb undenkbar, daß dieser im strengsten technischen Sinne des Wortes subalterne Bureaukrat befugt gewesen wäre, einen domesticus, d. i. einen in bezug auf ihn selbst subalternen militärischen Adjutanten (s. Mommsen, Ges. Schr. VI 448, Anm. 2), zu halten, während das Recht dazu den in dieser Eigenschaft einen großen selbständigen Wirkungskreis besitzenden Vormännern der militärisch organisierten und als Truppenkörper betrachteten (s. Hirschfeld, Kl. Schr. 626) schola agentium in rebus ohne weiteres eingeräumt werden konnte. Mit vollem Recht hat daher Mommsen, Ges. Schr. VI 411, Anm. 1 auch das Gesetz Cod.

[1]) Die Frage, ob der princeps officii des Vikars von Thracien und einiger orientalischer duces, dessen Zugehörigkeit zwar zur schola agentum in rebus, nicht aber zur Ducena in der Not. dign. Or. XXVI. XXX–XXXVIII ausdrücklich vermerkt wird, auch bloß centenarius oder gar nur biarchus sein konnte, ist zu verneinen, da die Konstitutionen keinen Zweifel lassen, daß es, vom Scholenprinzipat abgesehen, nur eine einzige Kategorie von zum Prinzipat deputierten Agentes in rebus gab, also nur ducenarische.

Theod. VI 28, 8 vom 29. Januar 435, womit ex agentibus in rebus principibus gestattet wird, domesticos in suis actibus habere, auf die Vorstandschaft der Schola bezogen. Für die Terminologie gewinnen wir hier den wichtigen, schon o. S. 197, Anm. 1 vorweggenommenen Anhaltspunkt, daß die Vormänner der Schola nicht als wirkliche, sondern als gewesene agentes in rebus gelten, was dazu stimmt, daß die die Zahl der immatrikulierten agentes in rebus festsetzende Verordnung Leos des Thrakers aus den Jahren 457—470 (Cod. Just. XII 20, 3; zur Datierung s. Seeck, Regesten S. 424) alle Klassen von der untersten, den equites, bis zur höchsten, den ducenarii, anführt, vom Scholenprinzipat hingegen schweigt (s. auch unten S. 205). Wo also ein princeps ex agente (nicht agens) in rebus erwähnt wird, werden wir stets in ihm einen Vormann der Schola zu erblicken haben.

Gehen wir jetzt die übrigen in Betracht kommenden Gesetze durch.

Eine Konstitution Valentinians I. vom 18. November 367 trifft Bestimmungen darüber, welcher Vorgang künftighin in denjenigen Fällen einzuhalten ist, in denen Beamte verschiedener Kategorien, darunter solche, die inter agentes in rebus plenum vigiliarum munus exercent, beim Abschied durch die adlectio (inter consulares) in den Senat gelangen (Cod. Theod. VI 35, 7). Damit ist zusammenzuhalten eine am 12. März 380 in Hadrumetum proponierte Konstitution Gratians: Agentes in rebus, si principatus sorte deposita forsitan provinciae gubernacula hisdem non evenerint, par erit salutationis loco his quidem, qui praesidatum gesserint, cedere, sed eos, qui rationales fuerint, praevenire (Cod. Theod. VI 28, 2). Es ist klar, daß die Kategorie, welcher 367 der konsularische Klarissimat zuerkannt wird, nicht (zumal bei der unter der valentinianisch-theodosianischen Dynastie konstant fortschreitenden Entwertung der Titel) identisch sein kann mit derjenigen, die sich noch 12 Jahre später mit dem Perfektissimat[1]) begnügen muß. Aus dem Gesetz Valentinians I. lernen wir daher, daß schon 367 für

[1]) Der Perfektissimat der praesides ist noch für 379/83 bezeugt (CIL VIII 20266), der der rationales noch für 384 (Symm. rel. 41, 2), vgl. Hirschfeld, Kl. Schr. 657. 660.

den in den Ruhestand tretenden Vormann der Schola der Abschied die Erhebung zum Rang der clarissimi consulares nach sich zieht, das Gesetz Gratians dagegen muß sich auf den ducenarischen Offizienprinzipat beziehen.

Wir wenden uns jetzt 2 Verordnungen Theodosius' I. zu.

Cod. Theod. VI 27, 5 vom 5. März 386: Quoniam agentibus in rebus huiusmodi praestitimus codicillos, ut post principatum in amplissimo ordine inter adlectos consulares habeantur, id etiam huius legis auctoritate praestringimus, ut eodem gradu vel ordine ab universis iudicibus honorentur.

Cod. Theod. VI 27, 6 vom 26. November 390: Privilegia erga eum, qui ex agente in rebus princeps fuerit, antiqua custodiri praecipimus: sit senator et merito consularibus adgregetur; sed ut eum functio ulla non teneat, conlatio non defraudet.

Gothofredus hat das zweite dieser Gesetze lediglich für eine Wiederholung des ersten gehalten, und dieser Ansicht ist man bis heute gefolgt. Sehn wir aber genauer zu, so verhält es sich ganz anders. Das Gesetz von 390 bezieht sich wegen des Ausdrucks ex agente (nicht agens) in rebus princeps nach dem oben S. 199 aufgestellten Kriterium auf den Prinzipat der Schola, dem der konsularische Klarissimat, wie wir eben gesehen haben, schon 367 beim Abschied zukommt. Abgesehen davon, daß es unverständlich wäre, wenn ein und dieselbe Verfügung, die mit den großen das IV. Jahrhundert bewegenden Fragen nichts zu tun hat und nur einen Kreis von Personen mittleren Ranges betrifft, so oft hätte eingeschärft werden müssen, abgesehen davon, daß der Kaiser von privilegia antiqua nicht gut sprechen kann, wenn es sich um eine von ihm selbst im letzten Dezennium getroffene, wohl aber, wenn es sich um eine ein Vierteljahrhundert oder mehr zurückliegende Bestimmung eines seiner Vorgänger handelt — abgesehen von dem allen kann demnach das im Jahre 390 erlassene Gesetz insbesondere aus dem Grunde nicht dasselbe besagen wie das vom Jahre 386, weil dieses sich als Erläuterung dazu gibt, daß der regierende Kaiser selbst (praestitimus) den Agentes in rebus post principatum die Konsularität inter adlectos verliehen hat: da die gewesenen Vormänner der Schola diesen Rang

längst besaßen, kann er von Theodosius nur den abtretenden ducenarischen principes officiorum verliehen worden sein, die nach dem vorhin besprochenen Gesetze Gratians 380 noch perfectissimi sind. Cod. Theod. VI 27, 5 handelt also vom Offizienprinzipat der ducenarii.

Aber die Gesetze von 386 und 390 beziehen sich nicht nur auf verschiedene Kategorien von Personen, sondern sie sagen auch nicht dasselbe von einer jeden aus. Der ducenarische Offizienprinzipat hatte 386 für die Verabschiedung den gleichen Rang mit dem Scholenprinzipat erreicht; kein Wunder, daß dieser jetzt den alten und durch die Verschiedenheit der amtlichen Kompetenzen zu rechtfertigenden Vorsprung durch Verbesserung der eigenen Stellung wieder zu gewinnen trachtete. Wahrscheinlich werden die Vormänner der schola agentium in rebus schon damals nach der Spektabilität gestrebt haben. Diese erlangten sie nun zunächst noch nicht, aber das Gesetz von 390 kam ihnen auf andere Weise entgegen. An der Konsularität inter adlectos für den abtretenden Scholenprinzeps hält es fest; aber es fügt hinzu: sed ut eum functio ulla non teneat, conlatio non defraudet. Daß dieser Zusatz nicht durch das neutrale „ita“, sondern durch „sed“ eingeleitet wird, zeigt deutlich, daß er ein neues Moment enthält und nicht etwa im Stile der Zeit eine Paraphrase des Begriffes der unmittelbar vorher erwähnten adlectio ist; wenn man ihn trotzdem bisher dafür gehalten hat, so liegt das daran, daß allgemein die adlectio des Bas-Empire unrichtig verstanden wird.

Die von Gothofredus (im Kommentar zu Cod. Theod. VI 4, 10 und sonst) vertretene Lehre, daß die adlectio diejenige Form der Aufnahme in den Senat sei, welche zugleich von allen senatorischen Lasten befreie, ist von den Neueren übernommen worden [1]; sie steht aber in Wider-

---

[1]) So von Joh. Schmidt, R.-E. I 368; ebenso von Kuhn, Die städt. und bürgerl. Verf. des röm. Reiches I (1864) 216. Dazu stimmt freilich nicht, was Kuhn ebd. 210 bemerkt; hier ist nur Anm. 1650 die Ansicht unrichtig, daß in Cod. Theod. VI 27, 6 functio in Gegensatz zu collatio stehe und die Prätur bedeute: das wird durch Ausdrücke wie glebales functiones hinlänglich widerlegt (s. Cod. Theod. VI 2, 19. 24; vgl. 23).

spruch zu dem eindeutigen Zeugnis der Quellen. Zur Beurteilung des Verhältnisses zwischen adlectio und Immunität lassen sich naturgemäß solche Zeugnisse nicht verwenden, in denen entweder, wie in Cod. Theod. VI 30, 19. 24, nur von der adlectio, oder, wie in Cod. Theod. VI 2, 23. 23, 4, nur von der Immunität die Rede ist. Wenn dagegen eine Verordnung vom 27. Mai 414 (Cod. Theod. VI 24, 7; zum Datum s. Seeck, Regesten S. 100) den decemprimi der domestici et protectores die Adlektion und außerdem[1]) die Immunität von allen Senatorenlasten zuteil werden läßt, so ergibt sich daraus der zwingende Schluß, daß diese Immunität ein hier mit der Adlektion kumuliertes, aber von ihr verschiedenes Privileg ist; und so müssen daher auch alle anderen Gesetze verstanden werden, durch die außer der Adlektion in einem besonderen Zusatze auch die vollständige Immunität von den Lasten des Senatorenstandes verliehen wird, auch dann, wenn dies nicht schon äußerlich — wie außer in dem eben zitierten Gesetze auch in Cod. Theod. VI 24, 8 (ita tamen), 24, 10 (ita ut et) und 24, 11 (sed ita) — angedeutet ist.[2]) Zweifelhaft ist, ob Cod. Theod. VI 25, un. 26, 7 f. hierher gehören und nicht vielmehr in diesen Bestimmungen unter der Form einer Bestätigung der dem Senatorenstande eigentümlichen Freiheit von den munera personalia die Befreiung von den ihm eigentümlichen Lasten stillschweigend verweigert wird.[3]) Ich ziehe die letztere Möglichkeit vor; andernfalls müßte man wegen des „nam" in Cod. Theod. VI

[1]) Ad nullas praeterea senatorii ordinis vocentur expensas...

[2]) Diese Gesetze sind: Cod. Theod. VI 23, 1: ... et inmunes a senatoriis distributionibus habeantur nec descriptio glebalis eos ideo adtineat. — VI 24, 8: ... ita tamen, ut inmunes a senatoriis functionibus penitus habeantur. — VI 24, 9: ... nullis senatoriis muneribus adstringendi. — VI 24, 10: ... ita ut et a senatoriis functionibus penitus habeantur inmunes nulloque extrinsecus onere praegraventur. — VI 24, 11: sed ita ut inter eos sine dubio censeantur, qui inmunitatem sibi laboribus redemerunt.

[3]) Cod. Theod. VI 25, un. (= Cod. Just. XII 18, un.): nam et senatorio nomine et inmunitate digni sunt (die Worte „et senatorio nomine" sind im Just. ausgelassen)... — VI 26, 7: ita autem eos post militiam esse volumus otiosos, ut ab omni publica molestia habeantur inmunes nec iniungendi quicquam quis in eos habeat potestatem. — VI 27, 8 (= Cod. Just. XII 19, 3): nec eos quisquam iniungendo aliquid vel iubendo possit ab impertito otio separare.

25, un., das, so wie der Text jetzt vorliegt, auch auf „inmunitate“ zu beziehen ist, entweder annehmen, daß dieses Fragment schlecht überliefert oder ungeschickt exzerpiert sei, oder man müßte „inmunitate dignus“ im Sinne von „einer (beschränkten mit der Adlektion verbundenen) Immunität würdig“ verstehen.

Denn es kann nicht bestritten werden, daß eine bestimmte Art von Immunität zum Wesen der adlectio inter consulares gehört. Das geht zunächst aus zwei Stellen des Symmachus hervor, der unsere adlectio an der einen beneficium allectionis (Epist. VII 96, 1 f.), an der anderen praerogativa consularis (Rel. 5, 3) nennt und beide Male die Befreiung von senatorischen munia publica als ein ihr inhärierendes Merkmal ansieht; ebenso sagt das schon erwähnte Gesetz des Jahres 367 (Cod. Theod. VI 35, 7), daß die adlectio denen zuteil werden solle, quos post gloriosum laborem exhauriri senatoriis sumptibus non oportet. Worin aber diese Immunität besteht, das erfahren wir einerseits aus der von Constantius II. am 11. April 356 getroffenen Verfügung, daß außer den höchsten Würdenträgern des Reiches nur diejenigen Senatoren von der Quästur[1]) und der Prätur befreit sein sollen, welche durch die adlectio ausgezeichnet wurden (Cod. Theod. VI 4, 10; zum Datum s. Seeck, Regesten S. 202), andererseits aus den Worten eines Erlasses des Arcadius vom 29. April 397, in denen, wie es scheint, auf jene Bestimmung des Constantius Bezug genommen wird: Qui in sacro mansuetudinis nostrae palatio militarint[2]), si coetui senatus consortioque fuerint sociati, iuxta latam dudum legem glebalem tantum sustineant functionem, ad praeturae[3]) vero functionem atque onera non vocentur (Cod. Theod. VI 2, 19). Also die Befreiung vom Zwange, die kostspieligen republikanischen Magistraturen zu übernehmen, nicht auch

[1]) Auch von dieser, nicht nur von der Prätur; denn das Gesetz steht im Titel De praetoribus et quaestoribus und spricht ganz allgemein von den designationes.

[2]) Das ist eben der Großteil derer, welche durch die adlectio in den Senat gelangen.

[3]) Offenbar hat die Quästur in Konstantinopel nie bestanden oder sie war damals schon eingegangen.

die Befreiung von der Senatorensteuer, gehört zum Wesen der adlectio. Dem entspricht auch größtenteils ein Gesetz Gratians vom 10. Januar 383 (Cod. Theod. VI 2, 13), nur daß hier die Senatorensteuer denjenigen Emeritierten der palatina militia erlassen wird, die zur niedrigsten, kein Grundeigentum besitzenden Vermögensklasse der Senatoren gehören. Dieses nur einem Teile der adlecti zuerkannte Privileg wird übrigens von Theodosius nie anerkannt worden sein, denn im angeführten Gesetze von 397 wird es ignoriert, und Gratian stand, als er es verlieh, in den schlechtesten Beziehungen zu seinem orientalischen Kollegen, mit dessen Zutun er im August desselben Jahres beseitigt wurde.[1])

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß den emeritierten ducenarischen principes officiorum im Jahre 386 die gewöhnliche Konsularität inter adlectos zuerkannt wird, während im Jahre 390 die emeritierten principes der Schola zu der ihnen schon seit Jahrzehnten eignenden Adlektion durch die Worte: „sed ut eum functio ulla non teneat, conlatio non defraudet" die Immunität von allen Senatorenlasten erhalten. Daher dürfte Cod. Theod. VI 27, 13 vom 1. Juli 403, womit zum neuerlichen Beweise des kaiserlichen Wohlwollens (etiam illud beneficio nostrae liberalitatis iniungimus) emeritierte principes, die nach dem Prinzipate kein weiteres Amt bekleidet haben, von einer im Abendlande den honorati, d. h. den Senatoren, außerordentlich anbefohlenen Rekrutenstellung befreit werden, auf den ducenarischen Offizienprinzipat gehen, da die emeritierten Vormänner der Schola nach dem Wortlaut des Gesetzes von 390 eines besonderen darauf bezüglichen Privilegs schwerlich bedurft hätten. Vielleicht gehört in diesen Zusammenhang auch ein Erlaß des Honorius vom 25. Oktober 398 (Cod. Theod. VI 27, 12; zum Jahre s. Seeck, Regesten S. 79ff., bes. 87), der von einem durch Theodosius I. der schola agentum in rebus in bezug auf den Senat[2]) erteilten, von ihr aber nicht tatsächlich genossenen Privileg

---

[1]) Vgl. Seeck, Gesch. d. Unt. d. ant. Welt V (1913) 161. 166ff.

[2]) Denn ich kann mich nicht mit der Ansicht des Gothofredus befreunden, daß der ordo splendidissimus curiae nicht der Senat, sondern der Gemeinderat einer Stadt sei, deren Namen die nicht in den Cod. Theod. aufgenommenen Teile der Konstitution enthalten hätten.

handelt; leider läßt sich aus der Fassung, in der das Fragment vorliegt, nichts Näheres entnehmen.

Arcadius gestattet am 26. Januar 396 den sumentibus ducenariis principatum an ihrer Stelle ihre Söhne und Brüder nach eingeholter a. h. Zustimmung in die Schola einzureihen (Cod. Theod. VI 27, 8). An ihrer Stelle, pro se — sie selbst scheiden also aus der Schola aus. Mithin kann nicht vom ducenarischen Offizienprinzipat, zu welchem in der Matrikel verbleibende Agentes in rebus deputiert werden, sondern es muß hier von der Vorstandschaft der Schola die Rede sein. Wir haben hier einen weiteren Beleg für die schon S. 198 f. ermittelte Tatsache, daß die Vormänner der Schola nicht zu dieser selbst gezählt werden.

Arcadius verfügt am 27. Februar 396: Inter eos, qui consularitatis gesserint dignitatem, et eos, qui meruerint principatum, is gradu potior habeatur, qui prior locum dignitatis acceperit (Cod. Theod. VI 27, 10). Wenn die Vormänner der Schola zwischen 390 und 396 die Spektabilität vikarischen Ranges erlangt hätten, was an sich möglich wäre, so möchte man erwarten, daß der ducenarische Offizienprinzipat, um den es sich dann hier handeln müßte, als solcher irgendwie bezeichnet wäre. Da dies nicht der Fall ist, so ist anzunehmen, daß in dem Ausdruck principatus beide Kategorien zusammengefaßt werden. Es dürften also 396 die gewesenen Vormänner der Schola noch immer nur den konsularischen Klarissimat besessen haben und vor den emeritierten ducenarischen principes officiorum nur durch die umfassendere Immunität, nicht aber durch höheren Rang ausgezeichnet gewesen sein.

Drei im Osten erlassene Gesetze, deren Wirksamkeit aber, analog zu dem oben S. 197 Bemerkten, von vornherein auch für den Westen anzunehmen ist, beschäftigen sich mit dem honorarischen Prinzipat: Cod. Theod. VI 27, 16 vom 8. Oktober 413, VI 27, 19 vom 27. November 417 und VI 28, 8 (= Cod. Just. XII 21, 4) vom 29. Januar 435. Da Cod. Theod. VI 28, 8 im unmittelbar vorhergehenden Satze vom Scholenprinzipat spricht (s. oben S. 199), so ist dort auch die honorarische Verleihung von diesem zu verstehen. Die weitgehende inhaltliche und wörtliche Übereinstimmung von VI

28, 8 mit VI 27, 16. 19 zeigt, daß auch in diesen Verordnungen der Scholenprinzipat gemeint ist; VI 27, 19 verfügt, daß der honorarische Prinzipat im Gegensatz zur bisherigen bedeutend laxeren Praxis, die auch in VI 27, 16 vorausgesetzt wird, nur den aus Gesundheitsrücksichten in den Ruhestand tretenden Agentes in rebus und auch ihnen nur dann verliehen werden soll, wenn sie durch das Zeugnis der ganzen Schola dartun, daß sie mindestens 20 [1]) Jahre in ihr gedient haben; VI 28, 8 erhöht bei sonst gleichbleibenden Bedingungen die Zahl der geforderten Dienstjahre auf 25. Ob die honorarische Verleihung des ducenarischen Offizienprinzipats mit dessen Charakter als einer innerhalb der Schola stattfindenden bloßen Dienstesverwendung verträglich gewesen wäre, sei dahingestellt; jedenfalls läßt sie sich nicht belegen. Aus VI 27, 16 ist zu entnehmen, daß diejenigen, welchen der honorarische Prinzipat verliehen wurde, die insignia principatus erhielten; nach der Notitia dignitatum haben der proconsul Achaiae, der comes Orientis, der praefectus Augustalis, die Vikare der asianischen und der pontischen Diözese und der comes limitis Aegypti zum Bureauchef einen „principem de scola agentum in rebus ducenarium, qui adorata clementia principali cum insignibus exit".[2]) Diejenigen Insignien, deren Verleihung an einen solchen effektiven Inhaber eines ducenarischen Offizienprinzipats bei seiner Übernahme in den Ruhestand so selbstverständlich erscheinen mochte, daß man es unterlassen konnte, sie, wie es in anderen derartigen Fällen geschah [3]), genauer zu bezeichnen,

[1]) So ist auch nach Mommsens Ausgabe zu schreiben; Hirschfelds Polemik gegen Gothofredus (Kl. Schr. 638) ist daher hinfällig.

[2]) Not. dign. Or. XXI 6. XXII 34. XXIII 16. XXIV 21. XXV 27. XXVIII 48.

[3]) Vgl. vorläufig Not. dign. Or. XXXIX 37. XL 38. XLI 41. XLII 45, wo es überall heißt: Principem de eodem officio, qui completa militia adorat protector; ferner Cassiod. var. XI 18 (inter tribunos et notarios ad adorandos aspectus properet principales). 20 (inter tribunos et notarios venerandam purpuram adoraturus accede). 31 (inter domesticos et protectores sacram purpuram adoraturus accedat). Daß nicht jedes *adorare purpuram* die Ernennung zum Protektor bedeutet, hat schon Marchi, Studi giur. in on. di C. Fadda V 385 f. hervorgehoben; trotzdem ist Babut, Rev. hist. CXVI (1914) 233 wieder in diesen Fehler verfallen. Seine Berufung auf Cod. Theod. VIII 7, 9 ist nicht stich-

sind am ehesten die des Prinzipats seiner eigenen Schola. Wenn nun einerseits Seeck, Herm. XI (1876) 71 ff. gezeigt hat, daß die Notitia des Westens in die ersten Jahre Valentinians III., also nach 417, die des Ostens in der Hauptsache in das Ende des IV. Jahrhunderts, also vor 417, gehört[1]), und andererseits seit 417 die Verleihung des honorarischen Scholenprinzipats in der oben angegebenen Weise beschränkt ist, so stimmt dazu vortrefflich die Erscheinung, daß in der Notitia des Westens bei keinem Beamten, auch nicht bei denen, welche den 6 vorhin angeführten ducenarischen principes officiorum des Orients entsprechen, sich der Zusatz „qui — exit" findet. — Von den principatus insignia, welche Agentes in rebus per ordinem consequi solent (nämlich offenbar entweder durch Erlangung des effektiven Scholenprinzipats oder, wenn sie nach 25 Dienstjahren in den Ruhestand treten, des honorarischen), ist auch in einem Gesetze Leos des Thrakers aus den Jahren 457—470 die Rede (Cod. Just. XII 20, 5, pr.; zur Datierung s. Seeck, Regesten S. 424); welche Art von Prinzipat mit dem principatus solacium an einer dunklen Stelle desselben Gesetzes[2]) gemeint ist, weiß ich nicht zu sagen.

Die emeritierten Vormänner der Schola dürften im Jahre 396 noch im Range der clarissimi consulares gestanden sein, erhielten aber vielleicht durch eine nicht auf uns gekommene Verordnung zwischen 396 und 410 den Rang der spectabiles vicarii; denn, wie erwähnt, werden sie im Jahre 410 durch den höchsten Rang der Spektabilität, den

haltig; der Passus, den er im Auge hat, sagt lediglich, daß das Verbot, als protector oder scholaris zu dienen, für gewisse höhere Offizialen nur bis zum Ablauf ihrer Dienstzeit im betreffenden Offizium gelte.

[1]) Babut, Rev. hist. CXIV (1913) 231, Anm. 1 weist darauf hin, daß auch die Notitia Orientis zwei scholae domesticorum kennt; selbst wenn aber die Zweiteilung der schola domesticorum erst aus dem V. Jahrhundert stammen sollte, so besteht sie doch auch im Osten nachweisbar schon vor 417.

[2]) § 1: Illi ..., qui, cum scholae eidem socientur, in sacris scriniis, quibus vir spectabilis primicerius et tertiocerius praesunt, adiuvantes publicarum chartarum tractatibus occupantur, ... praeter emolumenta, quae de praedictis scriniis consequuntur, principatus etiam solacio debent esse contenti. Welche sacra scrinia sind das?

prokonsularischen, ausgezeichnet (Cod. Theod. VI 28, 7).[1] Damit erlangten sie einen gewaltigen Vorsprung vor den zunächst im Range der Konsularität verbleibenden gewesenen principes officiorum ducenarii, der sich erst verringerte, als diese am 23. Dezember 426 zur Spektabilität vikarischen Ranges erhoben wurden.[2] Diese Maßregel wurde jedoch nach wenig mehr als Jahresfrist zwar nicht ausdrücklich, aber tatsächlich wieder rückgängig gemacht, wie wir aus einer Verordnung erfahren, welche überdies zeigt, daß sie als clarissimi zuletzt die Immunität von der Senatorensteuer besessen hatten, die ihnen wahrscheinlich im Anschluß an die letzte (oder an die von uns vermutungsweise zwischen 396 und 410 angenommene vorletzte) Rangserhöhung der Scholenvormänner verliehen worden sein wird. Die beiden einem und demselben Gesetze entnommenen Fragmente Cod. Theod. VI 2, 26 + VI 27, 22 vom 31. Januar 428 haben der Interpretation Schwierigkeiten bereitet. Indessen, hinsichtlich des ersten von ihnen hat Gothofredus durch die zutreffende Beziehung des darin enthaltenen Hinweises auf Cod. Theod. XIII 3, 19 unwiderleglich dargetan, daß es alle, qui senatoriis dignitatibus fruuntur, mit Ausnahme[3]) einiger taxativ aufgezählter Kategorien, deren eine die sind, qui e schola agentum in rebus expletis stipendiis ad principatum ducenae pervenerunt, zur Zahlung der Senatorensteuer verpflichtet; das zweite Fragment aber macht meines Erachtens nicht,

[1]) Die aktiven principes agentium in rebus sind noch unter Justinian nur clarissimi (Cod. Just. X 32, 67, 3 vom Jahre 529).

[2]) Cod. Theod. VI 27, 20. 21; l. 20 ist die an den magister officiorum, l. 21 die an den praefectus praetorio in comitatu adressierte Ausfertigung des Gesetzes.

[3]) Daher kann nicht mit Mommsen in Z. 4 tog[ati quoque] praetorianae atque etiam urbicariae praefec[turae ce]terique omnes ergänzt werden; ich schlage zweifelnd vor: tog[ati simul] praetorianae atque etiam etc. — In Z. 2 schreibt Mommsen: v[el] ... rum praerogativa nostrorum; denn da in der Lücke zwischen *v* und *rum* höchstens 6 Buchstaben Platz haben, darf man nicht mit Cuiacius und Gothofredus „vel silentiariorum praerogativa" schreiben. Ich bin überzeugt, daß v[el laba]rum praerogativa zu schreiben ist, und daß die praepositi labarum gemeint sind, von denen Cod. Theod. VI 25, un. = Cod. Just. XII 18, un. handelt.

wie Gothofredus wollte, einen Unterschied zwischen den damaligen und den künftigen principes ducenae — in der Weise, daß die ersteren den konsularischen Rang mit voller Immunität von den Senatorenlasten, die letzteren den vikarischen Rang ohne Immunität erhalten hätten —, sondern es kann ungezwungen nur dahin verstanden werden, daß zwar einerseits im Sinne der Verfügung vom 23. Dezember 426 der Anspruch der principes ducenae auf den ihnen beim Abschied zu verleihenden vikarischen Rang grundsätzlich anerkannt, andererseits aber in Genehmigung eines Senatsbeschlusses die Verwirklichung dieses Anspruchs für inkompatibel mit der Befreiung von den senatoriae functiones erklärt wird; nicht mit Sicherheit zu entscheiden ist nur, ob sie vor die Wahl gestellt werden, entweder mit der vikarischen Spektabilität die Senatorensteuer auf sich zu nehmen, oder sich mit dem konsularischen Klarissimat zu begnügen, in welch letzterem Falle allein sie der ihnen im ersten Fragment (VI 2, 26) verliehenen Immunität teilhaftig werden, oder ob sie ihrem Wunsche gemäß, aber ohne daß ihnen für die Zukunft ein solches Optionsrecht gewährt würde, unter Beibehaltung ihrer bisherigen Immunität wieder in die Klasse der consulares eingereiht werden.[1]) Daß diese Erklärung des Fragments richtig ist, und daß zumindest in der Regel, vielleicht ausnahmslos, die ducenarischen principes officiorum in den folgenden Jahren nur den mit der Immunität verbundenen Klarissimat erhielten, wird dadurch außer Zweifel gestellt, daß ein wahrscheinlich am 30. Dezember 440 erlassenes Gesetz (Cod. Just. XII 21, 5; zum Datum s. Seeck, Regesten S. 138. 371) die Verfügung vom 23. Dezember 426 beinahe wörtlich wiederholt. An eine neuerliche Einschärfung einer fortgesetzt in rechtlicher Geltung gebliebenen Bestimmung ist gemäß dem oben S. 200 über den Gegenstand und Charakter der einschlägigen Legislation Bemerkten nicht zu

[1]) Cod. Theod. VI 27, 22: Agentum in rebus schola, quae nostra iudicio vicarianam dignitatem adepta est, id quidem suos primates post stipendiorum finem mereri non ambigat. verum amplissimi ordinis adsertioni pareat: ut, quoniam hi, quos militiae finis ad principatus honorem adduxit, senatoriis se aestimant functionibus eximendos, in priore dignitate permaneant, cuius inmunitatem amplexi sunt.

denken; es muß vielmehr in der Zwischenzeit die Konstitution von 426 tatsächlich aufgehoben worden sein. Obwohl nun bekanntlich die theodosianischen Kompilatoren ihre Aufgabe, alle seit 312 erlassenen Konstitutionen zu sammeln, nur sehr mangelhaft gelöst haben, so ist es doch wahrscheinlich, daß die Bestimmung, durch welche Cod. Theod. VI 27, 20 f. direkt oder indirekt aufgehoben wurde, auf uns gekommen ist; unter den erhaltenen Gesetzen kann es aber kein anderes sein als das vorhin in diesem Sinne verstandene vom 31. Januar 428. Mit dem seit 440 für die in den Ruhestand tretenden ducenarischen principes bedingungslos normierten Range des Vikariats wird jetzt billigerweise zugleich die Immunität von den Senatorenlasten verbunden worden sein; wenn dies in Cod. Just. XII 21, 5 nicht ausdrücklich gesagt ist, so wird der betreffende Passus wohl in der vollständigen Konstitution nicht gefehlt haben, sondern erst von der justinianischen Redaktion weggelassen worden sein, weil er zu ihrer Zeit überflüssig war; denn die clarissimi und spectabiles werden, wenn sie außerhalb von Konstantinopel leben — und sie besitzen seit spätestens 443 unbeschränkte Freizügigkeit (Cod. Just. XII 1, 15) —, schon 450 generell von der Prätur befreit (Cod. Just. XII 2, 1, vgl. I 39, 2), und insbesondere wird die Senatorensteuer in den Jahren 450/55 beseitigt (Cod. Just. XII 2, 2).

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: die Vormänner der Schola, principes scholae agentium in rebus, sind fortwährend verschieden von den principes (officiorum) agentes in rebus ducenarii. Jene erhalten seit spätestens 367 beim Abschied den konsularischen Klarissimat inter adlectos, seit 390 dazu die Immunität von der Senatorensteuer, zwischen 396 und 410 vielleicht die vikarische, im Jahre 410 sicher die prokonsularische Spektabilität, die ihnen auch noch im VI. Jahrhundert zukommt; diese erhalten bei der Übernahme in den Ruhestand noch 380 nur den Perfektissimat, seit spätestens 386 den konsularischen Klarissimat inter adlectos, zwischen 396 und 426 kommt zu diesem die Immunität von der Senatorensteuer, 426 wird ihnen zum Abschied die vikarische Spektabilität zugesprochen, 428 wieder nur die von allen

Senatorenlasten immune Konsularität, 440 endlich mit gleicher Immunität wieder der vikarische Rang.

Wir wenden uns jetzt der Frage zu, worin die Amtstätigkeit der Vormänner der schola agentium in rebus bestand. Auszugehen ist meines Erachtens von einem Gesetze Constantius' II. vom 31. Oktober 359 (Cod. Theod. I 9, 1 = Cod. Just. I 31, 1; zum Datum s. Seeck, Regesten S. 207), in dem es von den agentes in rebus heißt (pr.): ... ad ducenam etiam et centenam et biarchiam nemo suffragio, sed per laborem unusquisque perveniat, principatum vero adipiscatur matricula decurrente, ita ut ad curas agendas et cursum illi exeant, quos ordo militiae vocat et laborum. Da der Prinzipat hier in deutlichen Gegensatz zur ducena gestellt wird und überdies der ducenarische Offizienprinzipat mit dem Detektiv- und Postwesen (curae agendae und cursus) regelmäßig nichts zu tun hat, so muß von der Vorstandschaft der Schola die Rede sein. Auf die Verwendung des Wortes „exire", das schwerlich nur das Ausscheiden aus der eigentlichen Schola bedeutet, werden wir später zurückkommen; schon hier dagegen zeigt die Tatsache, daß es sich in Cod. Theod. I 9, 1 um den Scholenprinzipat handelt, wie verfehlt es war, wenn Seeck, R.-E. I 778 dieses Gesetz mit Cod. Theod. VI 29, 6 vom 3. Februar 381 zusammenbrachte, einem Erlasse Theodosius' I., welcher verfügt: Felicis natalis nostri die itidem[1]) ut principis primi quoque scholarum mittantur ad provincias curiosi anniversarium munus acturi ... Die curiosi, von denen hier gesprochen wird, sind unstreitig jene mit der Aufsicht über den cursus publicus betrauten Organe, die als curiosi per omnes provincias (Not. dign. Or. XI 51. Occ. IX 45) in der Zahl von mehreren Dutzenden über das Reich verteilt waren; mit den beiden Arten von principes der agentes in rebus haben sie nichts zu schaffen, außer daß sie, wie unser Gesetz vorschreibt, am selben Tage wie die principes officiorum zur Übernahme ihres Amtes in die Provinzen abzugehen haben. Es ist aber auch eine ganz unrichtige Ansicht

[1]) So zweifellos mit Recht Gothofredus für das überlieferte iidem.

aller bisherigen Erklärer, daß die primi scholarum, die als curiosi verwendet werden, zu den agentes in rebus überhaupt gehören. Es hat nie mehr als eine Schola der agentes in rebus im Reiche, bzw. in jeder Reichshälfte gegeben, und auch wenn man, wie Gothofredus vorschlägt, primi scholarium schriebe, würde die Unmöglichkeit, unsere Stelle auf die agentes in rebus zu beziehen, nicht geringer; denn die Ausdrücke „scholae" schlechthin (im Plural) ebenso wie „scholares" bezeichnen immer und überall die Gardetruppe der palatinischen Scholen[1]), höchstens daß gelegentlich mit diesen auch „andere dem Kaiser sich zur Hand haltende Körperschaften" zusammengefaßt werden können.[2]) Cod. Theod. VI 29, 6 ist an den Magister officiorum adressiert; daß diesem wie die schola agentium in rebus so auch die scholae unterstehn, sagt in Übereinstimmung mit der gesamten Überlieferung die Notitia dignitatum (Or. XI 4—10. Occ. IX 4—8).[3]) Das Kommando über eine jede der (im Osten sieben) scholae palatinae führte ein nicht notwendig aus ihnen hervorgegangener Tribun, der seit dem V. Jahrhundert regelmäßig comes primi ordinis ist (vgl. Mommsen, Ges. Schr. VI 233), die geringeren Offiziersstellen bekleideten wenigstens im IV. Jahrhundert, in dem es noch auf die Kampftüchtigkeit der Truppe ankam, dazu abkommandierte domestici, von denen einer auf je 10—20 scholares kam (s. Babut, Rev. hist. CXVI [1914] 264 f.); es beeinträchtigte daher nicht den militärischen Wert der scholae, daß die

---

[1]) Babut, Rev. hist. CXIV (1913) 233. Vgl. Mommsen, Ges. Schr. VI 230 ff.

[2]) Vgl. Mommsen, Ges. Schriften VI 231 f., Anm. 3.

[3]) Im Kommentar zu Cod. Theod. VII 4, 22 und in den „Notae" zu Cod. Theod. VII 4, 23 schließt Gothofredus irrtümlich aus dem Wortlaut des letzteren Gesetzes, daß im Jahre 396, in dem es erlassen ist, die Scholen den magistri militum unterstanden seien. Diese mit dem Wesen der palatinischen Scholen ebenso wie mit dem gleichzeitigen Zeugnis der Notitia Orientis unvereinbare Ansicht ist gänzlich unbegründet, da nichts anzunehmen hindert, daß in VII 4, 23 = Cod. Just. XII 37, 8 der Ausdruck „viros inlustres comites" sowohl — in bezug auf die dort erwähnten numeri und vexillationes — die magistri militum als auch — eben in bezug auf die Scholen — den magister officiorum umfaßt. Dieser befehligt die Scholen schon zur Zeit der Kaiser Licinius (Zosim. II 25, 2) und Julianus (Zosim. III 29, 3).

scholares selbst matricula decurrente avançierten. Diese Art des Avançements in den Scholen ist hinlänglich bezeugt: im Jahre 416 (Cod. Theod. VI 24, 9) ist vom primicerius und den auf ihn im Album folgenden decem primi jener protectores die Rede, die, wie Babut gezeigt hat[1]), mit den vornehmsten scholares damals schon identisch sind, im Jahre 427 (Cod. Theod. VI 24, 10) von denselben als den decem primi scholarum, im Jahre 474 (Cod. Just. XII 29, 2, pr.) von den primicerii der Scholen, unter Zeno von 5 aus den 30 ersten, und zwar dem primicerius und den 29 folgenden Scholaren auszuwählenden primates (Cod. Just. XII 29, 3, 1), zum Jahre 514 von den *πρίγκιπες ἑκάστης σχολῆς* (Theophan. A. M. 6006). Die angeführten Gesetze zeigen, daß die Ausdrücke primicerii, primi und primates verwendet werden zur Bezeichnung einer Gesamtheit, welche aus dem eigentlichen primicerius und einer Anzahl von im Album unmittelbar auf ihn folgenden scholares besteht, die, wenn keine Kardinalzahl vorausgeht, fallweise verschieden sein kann.[2]) Cod. Theod. VI 29, 6 ist somit dahin zu verstehen, daß im Jahre 381 so viele primi der palatinischen Scholen zum Postdienst abkommandiert wurden, als die uns nicht genau bekannte Zahl der in den Provinzen des Ostreiches damals tätigen curiosi ausmachte.

Was die bisherigen Erklärer vor dieser allein wortgetreuen und daher notwendigen Interpretation von Cod. Theod. VI 29, 6 zurückgeschreckt hat, ist offenbar der Umstand, daß sowohl in der Notitia Orientis als auch in den Gesetzen, welche dem 381 erlassenen im Cod. Theod. vorausgehen und nachfolgen, nicht altgediente Unteroffiziere oder Offiziere[3]) der Garde, sondern agentes in rebus mit den Funktionen

---

[1]) Rev. hist. CXIV (1913) 230 ff., vgl. CXVI (1914) 279 ff.

[2]) Vgl. Cod. Theod. VI 33, 1 = Cod. Just. XII 26, 1: Quattuor, qui ex corpore decanorum ad primum militiae gradum pervenerint, biennii spatio primiceratus gerant officium ... Vgl. dazu auch schon Babut, Rev. hist. CXIV 232, Anm. 2. — Ähnlich ist Cod. Just. XII 19, 7, pr. von quindecim primatum eiusdem scrinii testimonio die Rede.

[3]) Wohl erst gegen Ende des IV. oder im Anfang des V. Jahrhunderts erhielten die vornehmsten scholares mit dem Titel von protectores Offiziersrang, s. Babut, Rev. hist. CXVI 283 ff.

von curiosi betraut erscheinen.[1]) Diesen schwerwiegenden Zeugnissen gegenüber könnte der Hinweis darauf, daß die im selben Titel des Theodosianus dem unsrigen vorausgehenden Gesetze sämtlich von Constantius II. erlassen sind, die schola agentium in rebus aber von Julianus nahezu beseitigt wurde[2]) und nach ihrer wohl schon durch Jovianus erfolgten Wiederherstellung nicht sogleich ihren ganzen früheren Wirkungskreis wiedererlangt zu haben braucht, unzureichend erscheinen, erführe nicht gleich durch das folgende Gesetz Cod. Theod. VI 29, 7 vom 28. Mai 390 unsere Erklärung eine schlagende Bestätigung, der scheinbare Widerspruch eine völlig befriedigende Lösung. Cod. Theod. VI 29, 7 vermindert nämlich die Zahl der in den Provinzen mit der Beaufsichtigung und Kontrolle des Postverkehrs betrauten curiosi mit der Begründung, daß vel honore militiae vel fiducia iussionis agentibus in rebus maiorem ad obsistendum remur futuram esse constantiam. Schon Gothofredus, der trotzdem das vorhergehende Gesetz mißversteht, hat hier die Bestimmung erkannt, daß von nun an nur Agentes in rebus als curiosi verwendet werden sollen; in der Tat aber lehren die angeführten Worte des Gesetzes unzweifelhaft, daß bis dahin das Amt der curiosi in den Provinzen von Leuten versehen wurde, die ad obsistendum weniger geeignet als die Agentes in rebus, selbst also mit diesen nicht identisch waren; das sind eben die primi scholarum gewesen. Es ist also klar, daß die dienstliche Verwendung als curiosi, die wenigstens im Osten des Reiches frühestens durch Julianus, spätestens 381 von den Agentes in rebus auf die primi scholarum übertragen worden war, im Jahre 390 wieder den

[1]) Nach Cod. Theod. VI 29, 2 = Cod. Just. XII 22, 2 vom 17. April 356 (zum Jahre s. Seeck, Regesten S. 46) dürfen nur agentes in rebus als curiosi tätig sein; vorher wurden auch andere Offizialen dazu verwendet, s. den Kommentar des Gothofredus zu VI 29, 2.

[2]) S. Hirschfeld, Kl. Schr. 639; die Zahl der Agentes in rebus wurde auf 17 beschränkt, die natürlich den Dienst der curiosi nicht versehen konnten. An irgendeinen noch so entfernten Zusammenhang zwischen diesen 17 agentes in rebus und den 17 Themen, in die das byzantinische Asien vorübergehend um die Wende vom IX. zum X. Jahrhundert zerfällt, wagt wohl auch Hirschfeld a. a. O. Anm. 3 nicht ernstlich zu denken.

Agentes in rebus zurückgegeben worden ist; doch bleibt hier noch eine Schwierigkeit zu beheben.

Die Annahme, daß in Cod. Theod. VI 29, 7 der Widerruf derjenigen Verfügung zu erblicken sei, die in VI 29, 6 erhalten ist oder diesem Fragment zugrunde liegt, wäre mindestens nicht schlüssig, wenn nicht beide Gesetze im selben Reichsteil erlassen wären. Cod. Theod. VI 29, 6 ist in Konstantinopel an den magister officiorum des Ostens adressiert; folglich möchte man, wenn unsere Annahme richtig ist, glauben, daß die das erwähnte Gesetz aufhebende Konstitution VI 29, 7 sich ebenfalls auf den Osten beziehe und daß der Prätorianerpräfekt Neoterius, an den VI 29, 7 adressiert ist, im Osten tätig gewesen sei. Mommsen, Cod. Theod., Bd. I p. CLXXIX. CCLXIX weist ihn denn auch mit vollem Rechte der östlichen Reichshälfte zu, weil das im selben Jahre 390 am 2. März gleichfalls an Neoterius erlassene Gesetz Cod. Theod. X 18, 3 aus Konstantinopel datiert ist; sein Amtsbezirk wird aber nicht, wie Mommsen zweifelnd annimmt, nur Ostillyrikum, sondern das ganze Ostreich gewesen sein, da allem Anschein nach Ostillyrikum seit seiner Vereinigung mit dem Osten bis zum Sturze des Rufinus (395) mit dem Orient zusammen einen einzigen Präfektursprengel bildete.[1]) Seeck, Regesten S. 110 will dagegen aus Neoterius einen praefectus praetorio Galliarum machen[2]), indem er durch eine ziemlich gewalttätige Änderung des Textes — für das überlieferte Ortsdatum „Constantinop." schreibt er „Confluentibus" — Cod. Theod. X 18, 3 statt aus Konstantinopel aus Koblenz datiert sein läßt. Indessen, dasjenige von Seecks Argumenten, dem er anscheinend eine entscheidende Bedeutung beimißt, daß nämlich die Präfektur des Ostens damals nicht kollegialisch verwaltet worden, sondern Tatianus ihr einziger Inhaber gewesen sei, kann

[1]) Seeck, Rhein. Mus. LXIX (1914) 21 f. 38. Regesten S. 148. Für die von uns erörterte Frage wäre es natürlich gleichgültig, wenn Neoterius nur Ostillyrikum verwaltet hätte.

[2]) In seiner Symmachus-Ausgabe hatte Seeck vermutet, Neoterius sei damals Präfekt von Italien gewesen — ein ganz unzulässiger Schluß aus dem zu vermutenden Mailänder Konsulatsantritt des Neoterius (s. unten S. 216 f.). Seeck selbst ist seither stillschweigend davon zurückgekommen.

uns nicht im geringsten beirren, da es nur eine zwar mehrmals (Rhein. Mus. LXIX 22. 28. 38; Regesten 148) wiederholte, aber nirgends bewiesene Behauptung Seecks ist. Schwerer müßte das andere Argument wiegen, daß im Jahre 390 kein Kaiser sich in Konstantinopel aufgehalten habe; das ist aber unrichtig. Seeck hat hier die ihm wohlbekannte Tatsache vernachlässigt, daß der im Jahre 383 zum Augustus erhobene Arcadius in Konstantinopel zurückgeblieben war, als sein Vater Theodosius sich 388 zur Bekämpfung des Maximus nach dem Westen begeben hatte. Arcadius ist auch nachweisbar in den folgenden Jahren in Konstantinopel geblieben. Zur Kennzeichnung der durch die Abreise des Theodosius aus Thessalonice geschaffenen Sachlage kann ich mich — allerdings in einem modifizierten Sinne — Seecks eigener Worte (Rhein. Mus. LXIX 32) bedienen, nur daß ich „Arcadius“ für „Crispus“ und „Theodosius“ für „Constantin“ einsetze: „Arcadius war damals kaum älter als elfjährig; seine Selbständigkeit konnte also nur eine scheinbare sein. Neben ihm mußten Beamte von Rang und Ansehen stehen, die für ihn die Geschäfte führten. So wird Theodosius ihm einen Präfekten beigegeben haben . . .“ [1]) Dies wird im Jahre 390 eben Neoterius gewesen sein, während sein Kollege Tatianus, an den Theodosius selbst seine aus Italien datierten Erlässe adressierte, wahrscheinlich als alter ego des wirklichen Herrschers gedacht wurde und daher auch von den beiden Präfekten der

[1]) Aus des Libanius Rede gegen Lucianus (c. 16), die Seeck, Rhein. Mus. LXXIII (1920) 84 ff. soeben mit gewohnter Meisterschaft datiert und historisch ausgewertet hat, läßt sich keineswegs entnehmen, daß es in den Monaten April bis Juli 388 einen Zeitpunkt gegeben hat, zu welchem neben dem Kaiser Arcadius in Konstantinopel Tatianus Prätorianerpräfekt des Ostens ohne Kollegen gewesen wäre, zumal Liban. or. LVI 16 nicht die im Interesse des Lucianus erfolgten Akklamationen selbst, sondern nur ein kurzes und willkürliches Resumé über sie gibt. Immerhin könnte der Kollege des Tatianus erst mehrere Wochen nach diesem ernannt worden sein, im Mai oder Anfang Juni, als Theodosius von Thessalonice aus den Zug gegen Maximus antrat (s. Seeck, Regesten S. 275). Daß Zosim. IV 45 nur von Tatianus spricht, beweist natürlich auch gar nichts. Uns kommt es übrigens nur darauf an, daß es im Jahre 390 zwei Präfekten des Ostens gegeben hat.

östlichen Reichshälfte die weitaus bedeutendere Rolle spielte. Ja, ich halte es sogar für denkbar, daß Theodosius, indem er damals die Präfektur des Ostens kollegialisch machte und zugleich den alten Satz, daß zu jedem Kaiser ein Präfekt gehöre, in zeitgemäßer Verknüpfung mit dem längst eingewurzelten Begriffe der territorialen Teilkompetenz der Präfektur neu belebte, nicht nur in erster Linie den Zweck verfolgte, die in seiner Abwesenheit unter Umständen gefährliche Macht der Präfektur zu schwächen, sondern daneben auch den, dem Tatianus eine von der Umgebung des Arcadius, der nun seinen eigenen Präfekten hatte, ganz unabhängige Stellung zu verleihen. Denn daß am Hofe in Konstantinopel nicht alles in Ordnung war, zeigt ein von Marcell. com. z. J. 390, 2 berichteter Vorfall zur Genüge: Arcadius hat gerade damals, dreizehnjährig, die, wie es scheint, selbständigste und kraftvollste Tat seines Lebens vollbracht, indem er seine Stiefmutter, die Kaiserin Galla, sicherlich gegen den Willen seines Vaters, aus dem Palaste hinauswerfen ließ. Unwillkürlich erinnert man sich daran, daß Galla die Tochter der lange Zeit arianischen und heidenfreundlichen[1]) Kaiserin Justina, Tatianus aber das Haupt der heidnischen Partei im Osten war. Was aber die Unterfertigung von Cod. Theod. X 18, 3 und daher auch von VI 29, 7 durch Arcadius anlangt, so darf auch daran erinnert werden, daß im Jahre 394/5 Arcadius in Abwesenheit seines Vaters unzweifelhaft das Gesetzgebungsrecht ausübt (s. Seeck, Regesten S. 285); es steht aber auch der Annahme nichts im Wege, daß Theodosius, als er sich 388—391 in Italien aufhielt, aus dynastischen oder anderen Gründen es für zweckmäßig erachtete, hie und da einen von ihm für den Osten genehmigten Gesetzentwurf nach Konstantinopel zu schicken, damit er dort von seinem Sohne unterfertigt und publiziert werde. Seeck hat in seiner Symmachus-Ausgabe p. LVIII. CXXXIX. CLIV, Anm. 786 sehr wahrscheinlich gemacht, daß Neoterius sein Konsulat am 1. Januar 390 in Mailand angetreten habe; ich glaube daher, daß er erst damals als Präfekt in den Osten geschickt wurde und vielleicht

[1]) Vgl. Seeck, Gesch. d. Unt. d. ant. Welt V (1913) 194 ff. 217.

das von Arcadius am 2. März unterzeichnete Gesetz Cod. Theod. X 18, 3 selbst dorthin mitbrachte. Nach all dem darf man daher auch nicht mit Seeck, Regesten S. 276 zum Jahre 390 in die Adresse des in Trier proponierten Gesetzes Cod. Theod. VIII 5, 50 den Namen des Neoterius interpolieren. Meines Erachtens ist hier Mommsens Lesung p(raefectis) p(raetorio) ganz akzeptabel; wer anderer Ansicht ist, muß sich an den Codex Justinianus halten, wo dieses Gesetz die Adresse „Floro pp." trägt (Cod. Just. XII 50, 13), und annehmen, daß Florus im Jahre 390 praefectus praetorio Galliarum war.

Noch eine Beobachtung, die sicherlich kein weiteres Argument ist — wir brauchen ein solches auch nicht —, aber vielleicht einmal personengeschichtlich nutzbar gemacht werden kann. Cod. Theod. VI 29, 6 ist am 3. Februar 381 an den magister officiorum Florus adressiert und höchstwahrscheinlich auch von ihm angeregt, da dieses Gesetz den Geschäftskreis des magisterium officiorum unmittelbar und am meisten, den der Prätorianerpräfektur nur mittelbar berührt. Prätorianerpräfekt des Ostens war damals auch nach Seeck Neoterius; aber er blieb es nicht mehr lange, denn schon am 30. Juli desselben Jahres ist er gestürzt und zwar wahrscheinlich nicht ohne wesentliches Zutun des Florus, da dieser sein Nachfolger ist (s. die Tabelle bei Seeck, Rhein. Mus. LXIX 21). Es wäre also auch aus persönlichen Gründen zu verstehen, daß Neoterius, als er im Osten wieder ans Ruder kam[1]), die Aufhebung der im Jahre 381 von seinem damaligen Amtsnachfolger durchgesetzten Maßregel bewirkt hat. —

In die Provinzen, wie man es bisher verstand, erfolgt also das durch Cod. Theod. I 9, 1 = Cod. Just. I 31, 1 für die principes scholae agentium in rebus bezeugte exire ad curas agendas et cursum nicht; wohin denn aber begeben sie sich von der Schola weg, ein Vorgang, der doch wohl im Begriff des exire gelegen ist? Die Antwort darauf steht schwarz auf weiß in den Quellen, und so deutlich, daß es wirklich wundernimmt, daß alle, die sich mit unserem Gegen-

[1]) In der Zwischenzeit war er 385 Präfekt von Illyrikum, Italien und Afrika gewesen.

stande befaßt haben, nicht zum Verständnis des wirklichen Sachverhaltes vorgedrungen sind.

Daß der princeps officii der Prätorianerpräfektur aus der Schola der Agentes in rebus hervorgeht, ist eine Tatsache, die nicht nochmals bewiesen zu werden braucht (s. Mommsen, Ges. Schr. VI 414); so einfach indessen, wie Mommsen annimmt, der den in Rede stehenden Funktionär schlechthin dem Prätorianerpräfekten, dem er beigegeben ist, unterstellt sein läßt, liegt die Frage nach dem Rechtsverhältnis des princeps der Präfektur nicht. Lyd. de mag. II 10. III 40 behauptet, daß nach dem Sturze des Rufinus, der am 27. November 395 erfolgt ist, zwar nicht die Postverwaltung dem Prätorianerpräfekten gänzlich entzogen, wohl aber der erste der frumentarii — „man nennt ihn heute den Prinzeps des Magister[1])“ — zur ständigen Dienstleistung in das officium des Prätorianerpräfekten eingeteilt worden sei, hauptsächlich um die Post zu kontrollieren und die Berechtigung der vom Präfekten ausgestellten evectiones zu prüfen. Lydus, der sich bemüht, den cornicularius als den vornehmsten und wichtigsten Offizialen der Präfektur erscheinen zu lassen, sucht offenbar die Bedeutung des „Prinzeps des Magister“ möglichst herunterzudrücken (vgl. bes. III 24 in.); aber aus seinen eigenen Worten ist ersichtlich, daß wir es mit dem seine Ingerenz auf den ganzen Geschäftskreis der Präfektur, nicht bloß auf das Postwesen, ausübenden princeps officii des Prätorianerpräfekten zu tun haben.[2]) In der Tat sagt Lydus III 12 von einem Funktionär, der nur der princeps officii der Prätorianerpräfektur sein kann: *ὁ πρίγκιψ . . . οὐδὲ γὰρ μέρος τῆς τάξεώς ἐστι καὶ αὐτός, αὐτὸς δὲ τῶν μαγιστριανῶν κατὰ βαθμὸν παραγίνεται ἐπὶ τὰ μέγιστά ποτε δικαστήρια* . . .[3]) Princeps officii des Magister

[1]) *τοῦ μαγίστρου* hat die Handschrift, was erst Wünsch in *τοῦ μαγιστ⟨ε⟩ρ⟨ί⟩ου* verschlimmbessert hat. *τὸν πρίγκιπα τῆς τάξεως τοῦ μαγίστρου* sagt Lydus noch deutlicher in De mag. III 23.

[2]) Der in Rede stehende Beamte soll *παρεῖναι διὰ παντὸς τῷ δικαστηρίῳ τοῦ τῶν πραιτωρίων ὑπάρχου καὶ πολυπραγμονεῖν*... Ebenso III 23.

[3]) Daß der Offizienprinzipat der Prätorianerpräfektur als solcher nicht erst, wie Lydus an den zitierten Stellen zu glauben scheint, zugleich mit der Einführung des princeps magistri in die Präfektur errichtet wurde, sondern lange vorher bestand, ergibt sich wegen des

officiorum, princeps der „frumentarii“ oder magistriani, d. h. der schola agentium in rebus, und princeps officii des Prätorianerpräfekten ist also ein und dasselbe; daraus, daß der princeps des magister officiorum der Prätorianerpräfektur zur Dienstleistung zugewiesen ist, erklärt sich auch die Erscheinung, daß er im officium des magister officiorum nicht geführt wird, sondern hier der adiutor als effektiver Kanzleichef an der Spitze des officium erscheint.[1])

Lydus führt die Einteilung des princeps des magister in die Präfektur nicht, wie Mommsen, Ges. Schr. VI 413, Anm. 3 irrtümlich sagt, auf Rufinus zurück, sondern erwähnt diesen Vorgang unter den Maßregeln, durch welche die Prätorianerpräfektur unmittelbar nach dem Sturze des Rufinus und infolge dieses Ereignisses zugunsten des magisterium officiorum geschwächt wurde; als Quelle seiner Darstellung bezeichnet er ein Gesetz, das im Theodosianus enthalten, in den Justinianus aber nicht aufgenommen worden sei. Schon Mommsen hat a. a. O. mit Recht hervorgehoben, daß wir heute dieses Gesetz nicht besitzen; seine eigene spätere Vermutung, das von Lydus erwähnte Gesetz sei Cod. Theod. VIII 5, 35 vom 20. April 378[2]), ist ganz unhaltbar und mir unverständlich.

Folgenden für uns nicht daraus, daß er durch Cod. Theod. I 29, 3 f. für den 6. November 368 (zum Datum s. Seeck, Regesten S. 234), wohl aber daraus, daß er durch ein Schreiben des Prätorianerpräfekten Petronius Annianus (Seeck, Regesten S. 164) schon für den 27. Februar 316 bezeugt ist.

[1]) Not. dign. Or. XI 41. Occ. IX 41. Vgl. Cod. Theod. I 9, 1, 1 = Cod. Just. I 31, 1, 1. Cassiod. var. VI 6, 8. Daher scheint in Cod. Just. I 46, 3 vom 28. Januar 443 die höchste Stellung im magisterium officiorum, also die des adiutor, als das agere vices viri clarissimi principis bezeichnet zu werden (dagegen halte ich den princeps in Cod. Just. I 46, 4, 2 für den des ducianischen Offiziums). Über den adiutor, der ständig clarissimus ist, vgl. auch noch Cod. Theod. VI 27, 20. Cod. Just. XII 21, 5. Mansi VI 994. Cod. Just. XII 25, 4. 19, 12, 3. CIL VIII 989. — Das Fehlen des cornicularius beim magister officiorum ist nicht auffällig, da der cornicularius nicht nur bei den Finanzministern, sondern auch bei der überwiegenden Mehrzahl der Militärbehörden (so bei allen magistri militum), zu denen ja der magister officiorum auch eigentlich gehört, ebenfalls fehlt.

[2]) S. Mommsen zu diesem Fragment in seiner Ausgabe p. 385;

Ich werde nun einerseits sofort den von Mommsen schuldig gebliebenen Beweis dafür erbringen, daß Lydus ganz in die Irre geht, wenn er die uns beschäftigende wichtige organisatorische Maßregel auf 395/96 datiert, zugleich aber von der wohl einleuchtenden Überzeugung aus, daß Lydus sich seine Notiz nicht, wie Mommsen in den „Ostgotischen Studien“ a. a. O. beinahe zu glauben geneigt ist, aus den Fingern gesogen haben kann, mit Hilfe des Lydus den wahrscheinlichen wirklichen Zeitpunkt unserer Reform zu gewinnen suchen.

Dafür, daß sie älter ist als das im Jahre 359 erlassene Gesetz Cod. Theod. I 9, 1 spricht unzweideutig der Umstand, daß darin vom adiutor des magister officiorum als von demjenigen die Rede ist, in quo . . . magistri securitas constituta est (s. o.). Viel instruktiver ist aber die Erzählung des Ammianus Marcellinus XV 3, 7—11. XVI 8, 3—7, welche zeigt, daß die Einteilung der principes scholae agentium in rebus in die Prätorianerpräfektur schon vor 355 erfolgt ist. Die richtige Interpretation dieser Ammianstellen findet sich ganz von selbst, sobald man sie in unseren Zusammenhang einreiht. Nach Ammian. XV 3, 7ff. wurde im Jahre 355 von einem agens in rebus eine Anzeige wegen Majestätsverbrechens gegen den damaligen consularis von Pannonia secunda und dessen Zechgenossen bei niemand anderem erstattet als bei Rufinus, apparitionis praefecturae praetorianae tunc principem; dieser eilte „wie auf Flügeln“ an den Hof und bewirkte die Verurteilung der Beschuldigten. Nach Ammian. XVI 8, 3ff. ist Rufinus auch im Winter 356/57 noch princeps der Prätorianerpräfektur von Italien, Illyrikum und Afrika ob devotionem, d. h. wegen seiner gegen den Kaiser bewährten Treue bekleidete er ausnahmsweise das sonst jährige Amt zwei Jahre lang. In seiner Stellung betätigte sich Rufinus als ein schurkischer Delator und Verleumder. Als solcher wurde er von den Prätorianerpräfekten Mavortius und dem comes sacrarum largitionum Ursulus, die kommissarisch in einem von ihm angestifteten Prozesse zu richten hatten, entlarvt und zum Tode verurteilt; der

ähnlich weist in dieselbe falsche Richtung Wünsch in seiner Lydus-Ausgabe p. 66. 129.

Kaiser Constantius aber zürnte den beiden Richtern darob, tamquam vindicem salutis suae lugens extinctum. Merkwürdigerweise hat noch niemand gefragt, wie denn eigentlich ein agens in rebus, der als solcher mit der Prätorianerpräfektur doch gar nichts zu schaffen hat, dazu kommt, eine Anzeige, zu der er kraft seiner amtlichen Kompetenz verschreitet, bei der Prätorianerpräfektur, oder vielmehr nicht bei dieser, sondern bei deren Kanzleichef zu erstatten; wie dieser Kanzleichef, ohne daß der Präfekt selbst irgendwie herangezogen würde, eigenmächtig die Sache an den Hof, d. h. vor den Kaiser bringen kann; welche Bewandtnis es mit einem Offizialen hat, dessen Tätigkeit sich vorzugsweise in analogen Handlungen äußert und den der Kaiser als den „Schirmvogt seiner Sicherheit" betrauert. Indem wir diese Fragen aufwerfen, können wir sie auf Grund der obigen Ausführungen sogleich mit voller Sicherheit dahin beantworten, daß eben schon 355 der princeps der Prätorianerpräfektur zugleich princeps scholae agentium in rebus (= princeps des magister officiorum) ist: in dieser Eigenschaft kontrolliert er den Postdienst, soweit dieser von den Angehörigen der ihm unterstehenden schola versehen wird; in dieser Eigenschaft ist er aber auch Chef der politischen und Sicherheitspolizei in jenem weiten Umfange, in welchem sie zum Wirkungskreis der agentes in rebus gehört. Daher wird er auch nach Lyd. de mag. II 10 = III 40 wie seine Untergebenen als curiosus bezeichnet, übrigens wohl nur im nichtoffiziellen Sprachgebrauch. Wie 355 der terminus ante quem für die Einführung unseres princeps in die Prätorianerpräfektur ist, so ist 311 der terminus post quem, denn der Theodosianus sollte nur die Gesetze der christlichen Kaiser enthalten, und wenngleich Seeck, Regesten S. 52f. bewiesen hat, daß versehentlich auch eine Konstitution des Maximinus Daza vom Jahre 311 in ihn aufgenommen wurde, so darf man doch die Möglichkeit von noch älteren solchen Ausnahmen als ausgeschlossen betrachten.[1]) Lydus läßt das heute ver-

[1]) Die Agentes in rebus begegnen überhaupt zum ersten Male im Jahre 319 (Cod. Theod. VI 35, 3, 3), der Magister officiorum, von dem sie abhängen, im Jahre 320 (Cod. Theod. XVI 10, 1); doch wird die

lorene Gesetz, auf das er sich beruft, nach der Katastrophe des berühmten Rufinus und durch diese veranlaßt, also Ende 395 oder im Jahre 396 gegeben sein; in dem von Lydus benützten Exemplar des Theodosianus trug es also den Jahresvermerk „Olybrio et Probino conss.“ = 395 oder „Arcadio IIII et Honorio III AA. conss.“ = 396. Da beide Datierungen unmöglich sind, müssen wir für jede von ihnen eine plausible Heilung suchen; wie dabei zu verfahren ist, haben uns Seecks „Regesten“ gelehrt. Hieß es „Olybrio et Probino conss.“, so ist es methodisch richtig, anzunehmen, daß das Gesetz in der Vorlage der theodosianischen Kompilatoren nur nach einem Konsul datiert war (vgl. über analoge Fälle Seeck, Regesten S. 88 ff.); da vor 395 nie ein Olybrius, wohl aber im Jahre 341 ein Probinus Konsul gewesen ist, so wird in der Vorlage des Theodosianus nur Probinus genannt und das Jahr „Marcellino et Probino conss.“ = 341 gemeint gewesen sein.[1]) Hieß es dagegen im Theodosianus „Arcadio IIII et Honorio III AA. conss.“, so liegt der Fall noch einfacher: dann wird in der Vorlage der Kompilatoren „ipsis (oder dd. nn.) AA. IIII et III conss.“[2]) geschrieben und das Jahr „Constantio IIII et Constante III AA. conss.“ = 346 gemeint gewesen sein. Somit ist die Vereinigung des Scholenprinzipats der agentes in rebus mit dem Offizienprinzipat der Prätorianerpräfektur wahrscheinlich 341 oder 346 erfolgt.

Wie die Fortdauer des festgestellten Verhältnisses bis ins VI. Jahrhundert für den Osten durch Lydus bezeugt wird, so geschieht dies für den Westen durch eine Novelle Valentinians III. vom 11. Sept. 449[3]) und durch die Varien

---

Schaffung jener von Hirschfeld, Kl. Schr. 624 f., die des Magisters von Seeck, Gesch. d. Unt. d. ant. Welt II (1901) 89 f. 510 mit ansprechenden Wahrscheinlichkeitsgründen auf Diokletian selbst zurückgeführt.

[1]) Darüber, daß die in den Überschriften der kodifizierten Gesetze überlieferten Kaisernamen unbedenklich durch andere ersetzt werden können, wenn es aus irgendwelchen Gründen erforderlich ist, s. Seeck, Regesten S. 111 f.

[2]) Vgl. Seeck, Regesten S. 20 f. 24. 37.

[3]) Nov. Valent. 28, 1 (an den mag. off. adressiert): Igitur sublimitatis tuae ... suggestionem sequentes agentum in rebus scholae ...

des Cassiodor. Es lohnt sich um so mehr, auf die betreffenden Stellen im Cassiodor näher einzugehen, als nicht nur die einschlägigen Bemerkungen Mommsens zu ergänzen, bzw. zu berichtigen sind, sondern auf Grund der Varien sich auch Wichtiges wie für die Einrichtung im allgemeinen, so für die an ihr im italienischen Königreich vorgenommenen Modifikationen ergibt.

Var. II 28 (aus den Jahren 507—511) wird einem Stephano v. s. comiti primi ordinis et exprincipe officii nostri (so die Adresse) am Ende seiner Dienstzeit die comitiva primi ordinis (§ 3) mit allen Privilegien verliehen, quae tribui scholae tuae exprincipibus divalia constituta voluerunt (§ 4). Daß das „officium nostrum“ die Gesamtheit der dem magister officiorum unterstellten Subalternen ist, hat Mommsen, Ges. Schr. VI 406 f. erwiesen; daher ist der princeps officii nostri = princeps magistri officiorum, und daß dieser auch unter Theoderich zugleich princeps scholae agentium in rebus ist, zeigen die Worte scholae tuae exprincipibus zur Genüge: es kann unmöglich eine andere Schola gemeint sein, und ebensowenig kann die Gesamtheit der dem magister officiorum unterstehenden scholae als Schola schlechthin bezeichnet werden. Die comitiva primi ordinis erhalten die principes scholae agentium in rebus nach vollbrachter Dienstzeit auch im Osten durch ein wahrscheinlich am 26. Febr. 444 (s. Seeck, Regesten S. 138) erlassenes Gesetz (Cod. Just. XII 21, 6). Im italienischen Königreich tritt diese Verleihung an die Stelle der den principes nach dem Gesetz von 410 gebührenden (s. o. S. 197 f.) Prokonsularität, die bei Cassiodor überhaupt nicht vorkommt, durch deren Wegfall

consulimus, ut quae vetustas pro remuneratione sui praestitit et intercepta iam diu fuerant, consequantur: scilicet ut inconsulto principe, qui ex eadem schola ad obsequia praefecturae praetorianae post infinita discrimina et consumpta aetatis parte meliore pervenit, primores officii (sc. der Prätorianerpräfektur) nil usurpent, neque praefectianus aliquis summae sumat militiae sacramenta neque matriculis eximatur praeter eius conscientiam atque consensum, ita ut eadem matricula officii praetoriani in principis potestate consistat. Daraus ergibt sich, daß es den Offizialen der Präfektur per Italias in der ersten Hälfte des V. Jahrhunderts gelungen war, den Einfluß des fremden princeps zurückzudrängen.

aber die Stellung der exprincipes nicht geschmälert wurde; denn aus Cassiod. var. VI 12 (Formula comitivae primi ordinis) geht hervor, daß im ostgotischen Italien — aber auch nur hier, wie gegen Mommsen, Ges. Schr. VI 419f., Anm. 6 zu betonen ist — unter comitiva primi ordinis nur mehr die Würde eines comes consistorianus verstanden wird[1]), die schon seit 399 dem prokonsularischen Range gleichgestellt war (Cod. Theod. VI 12, un. = Cod. Just. XII 10, un.).[2]) Auch in Var. II 28 muß es sich also um die comitiva consistorii handeln. — Während so in Italien die comitiva primi ordinis zur Bezeichnung der höchsten Kategorie der spectabiles wird[3]), wird ihr Bereich im Osten zwar auch nach unten enger begrenzt, aber nicht auf so radikale Weise: Der Codex Justinianus unterdrückt allerdings eine orientalische Bestimmung vom 21. März 413, welche noch comites primi ordinis vom Range des konsularischen Klarissimats vorsah (Cod. Theod. VI 20, un.), während er andere Fragmente desselben Gesetzes übernimmt, kennt aber unter den comites primi ordinis im Gegensatz zum italienischen König-

---

[1]) § 3: ... spectabilitas clara et consistorio nostro dignissima, quae inter illustres ingreditur ... § 4: ... comitivam tibi primi ordinis ... largimur, ut consistorium nostrum sicut rogatus ingrederis, ita moribus laudatus exornes, quando vicinus honor est illustribus, dum alter medius non habetur. § 5: ... te sequuntur omnes, qui spectabilitatis honore decorantur.

[2]) Wenn Kaiser Anastasius durch Cod. Just. XII 10, 2 den comites consistoriani dieselben Privilegien verleiht, die Zeno am 1. September 484 den in den Ruhestand tretenden viri clarissimi principes scholae agentium in rebus durch Cod. Just. XII 21, 8 verliehen hatte, so heißt das, daß Privilegien auf alle comites consistoriani ausgedehnt wurden, die ein Teil von ihnen schon besaß. — Die rechtlich einwandfreie Erscheinung, daß auch illustren und spektablen Würdenträgern der Klarissimat beigelegt wird, ist so häufig, daß nicht erst davor gewarnt werden muß, aus diesen beiden Gesetzen und aus Cod. Just. XII 20, 6 wegen der Worte viri clarissimi zu schließen, die exprincipes hätten zeitweilig ihre Spektabilität wieder verloren. — Da es auch gotische comites primi ordinis gibt, müssen folglich auch sie Zutritt zum Konsistorium gehabt haben, und Mommsens grundlose Behauptung des Gegenteils (Ges. Schr. VI 422) ist unrichtig.

[3]) Und zwar wohl frühestens seit der Mitte des V. Jahrhunderts, da noch Nov. Valent. 6, 3, 1 vom 14. Juli 444 die comites consistoriani von den (übrigen) comites primi ordinis zu unterscheiden scheint.

reich auch solche von bloß ducianischem und vikarischem Range (Cod. Just. XII 11. 12, 2. XII 13—15).

Gegen die Behauptung, daß bei Cassiodor die comitiva primi ordinis identisch ist mit der comitiva consistorii, könnte man versucht sein, Var. VI 13 ins Treffen zu führen; indessen ist es leicht, nachzuweisen, daß Mommsen bei der Edition dieses Briefes es verabsäumt hat, eine unerläßliche Emendation vorzunehmen, durch welche die Gegeninstanz beseitigt wird. Var. VI 13 ist überschrieben: Formula magistri scrinii, quae danda est comitiaco quando permilitat. Daß comitiacus ein anderes Wort für agens in rebus ist, hat Mommsen, Ges. Schr. VI 407ff. unwiderleglich bewiesen; dem Beamten, für welchen die Formel bestimmt ist, wird einem alten Brauche gemäß (§ 7) anläßlich seiner Übernahme in den Ruhestand nach dem Wortlaut der Handschriften und des Mommsenschen Textes nebst anderen Privilegien die comitiva primi ordinis verliehen (§ 6), die, wie wir eben sahen, der gewesene Scholenprinzeps erhält; um diesen aber — für dessen Formel ja Var. II 28 eintritt — oder um den honorarischen Scholenprinzipat kann es sich in Var. VI 13 nicht handeln, denn wir wissen, daß die effektiven, bzw. honorarischen exprincipes der Schola prokonsularischen, also einen höheren Rang erhalten als den eines magister scrinii[1]), der dem Empfänger von VI 13 nach der Überschrift zuteil wird; was übrigens die honorarische Verleihung des Prinzipats anlangt, so sei daran erinnert, daß die in den o. S. 205f. besprochenen Gesetzen von 417 und 435 sich zeigende Tendenz dahin geht, sie immer mehr

---

[1]) Über die Rangstellung der magistri scriniorum im Verhältnis zu den (den Prokonsuln gleichgestellten) comites consistoriani handelt richtig Gothofredus, Kommentar zu Cod. Theod. VI 12, un. Daß die magistri scriniorum sowohl in den Rechtsbüchern als auch in der Notitia dignitatum vor den comites consistoriani erscheinen, beweist gar nichts dagegen, da in den Codices auch die Titel De praetoribus und De agentibus in rebus den Titeln De consulibus und De principibus agentum in rebus vorausgestellt sind und die Anordnung der Notitia dignitatum von dem Gesichtspunkt geleitet sein kann, zuerst alle zentralen Behörden, zu denen natürlich auch die nicht in comitatu befindlichen Prätorianerpräfekten gehören, dann erst die provinzialen zu behandeln.

zu beschränken, so daß es nicht verwunderlich wäre, wenn sie im VI. Jahrhundert überhaupt nicht mehr geübt worden sein sollte.[1]) Der agens in rebus von VI 13 ist also nicht mehr als ducenarius; dann kann aber die ihm verliehene comitiva nicht die konsistorianische sein, die dem Scholenprinzeps vorbehalten ist. Nun hat es aber mit Var. VI 13 eine seltsame Bewandtnis: die Überschrift besagt, daß eine Ernennung zum (titularen) magister scrinii vollzogen werde, die Formel selbst aber erwähnt diese Würde mit keinem Sterbenswörtchen. Daß ein Ernennungsschreiben, noch dazu ein so umfangreiches, alles Mögliche, nur just das nicht enthalten sollte, was es in erster Linie mitteilen will, ist auch für das VI. Jahrhundert völlig undenkbar; es muß also entweder in der Überschrift der Formel oder in dieser selbst ein Fehler stecken. Die wenigen sonstigen Diskrepanzen dieser Art im Cassiodor[2]) beruhen auf Fehlern in den Überschriften; unser Fall aber muß anders liegen. Mommsen, Ges. Schr. VI 421 hat die im italienischen Königreich eine große Rolle spielenden referendarii für identisch mit den magistri scriniorum gehalten; durch Bury, Harvard Studies in Class. Philol. XXI (1910) 23ff. ist jedoch festgestellt worden, daß die referendarii zu den tribuni et notarii praetoriani gehören und von den magistri scriniorum verschieden sind. Da aber andererseits allerdings die Funktionen der magistri scriniorum sich großenteils mit denjenigen zu decken scheinen, welche im Reiche des Theoderich von den Referendaren ausgeübt werden, so muß um so mehr geschlossen werden, daß jene von diesen und dem Quästor verdrängt worden sind, als außer der Erwähnung der titularen Verleihung in unserer Überschrift sich in den Varien schlechterdings keine Spur von den einst so wichtigen Kabinetts-

---

[1]) Mommsen, Ges. Schr. VI 421, Anm. 2 meint, der comitiacus in Var. VI 13 sei „der mit dem Prinzipat ausscheidende agens in rebus". Diese Ansicht ist mithin als irrig erwiesen, wenn sie den Scholenprinzipat, und als unerweislich und unbegründet abzulehnen, wenn sie den ducenarischen Offizienprinzipat im Auge hat.

[2]) Es sind ihrer im ganzen 7, eigentlich, da in 4 Briefen es sich um ein und dieselbe handelt, sogar nur 4, s. Mommsen, Cassiodor-Ausgabe p. XL.

sekretären findet.[1]) So haben die magistri scriniorum des Westens durch die referendarii und den Quästor im späteren V. Jahrhundert dasselbe Schicksal erlitten, das im Osten den referendarii spätestens im VII., in dem sie nicht mehr erwähnt werden, von den seit dem VI. Jahrhundert (vgl. Lyd. de mag. III 10. 27 ex.) emporgekommenen a secretis bereitet wurde.[2]) Sind nun die effektiven magistri scriniorum im ostgotischen Italien verschwunden, so kann es kein Lapsus memoriae oder calami des Cassiodor, geschweige denn eines anderen Verfassers der zugleich als Überschriften dienenden Inhaltsangaben der Varien sein, wenn die Inhaltsangabe von Var. VI 13 von der Verleihung des Titels des sonst verschollenen Amtes spricht; vielmehr kann die Tatsächlichkeit der nur titularen Verleihung des magisterium scrinii nicht weiter bezweifelt werden, und der Fehler steckt nicht in der Überschrift, sondern im Texte des Schreibens selbst. Durch Änderung eines einzigen Wortes läßt sich nun alles in schönste Ordnung bringen; wir brauchen nur im § 6 „dispositionum“ an Stelle von „ordinis“ zu schreiben, so daß der Satz lautet: Comitivam quoque tibi primi dispositionum, quam tali militia perfunctis cana deputavit antiquitas, secundum statuta divalia vindicabis. „Comitiva primi dispositionum“ ist eine, da sie auch Cod. Theod. VI 26, 14, pr. = Cod. Just. XII 19, 4, pr. vom 15. Okt. 412 (zur Datierung s. Seeck, Regesten S. 29) vorkommt, offizielle, Bezeichnung für das Amt des magister (so Cod. Theod. VI 26, 2) oder comes dispositionum, des Chefs des scrinium dispositionum. Dieser vierte und geringste magister scrinii wird als solcher am 23. Juni 397 den Vikaren gleichgestellt (Cod. Theod.

---

[1]) Es bedarf keiner Auseinandersetzung, daß die scrinia nostra im Edict. Theod. c. 10 und bei Cassiod. var. IX 18, 3 nicht die Existenz der magistri scriniorum beweisen. Bury a. a. O. 27 hält den Quästor für den Erben der abendländischen magistri scriniorum und schließt aus der Not. dign., daß im Gegensatze zu den scrinia deren magistri nicht dem magister officiorum unterstanden (p. 29); dieser Schluß ist meines Erachtens unzulässig.

[2]) Wir berühren hier ein Thema, auf das an einem anderen Orte näher einzugehen ich mir vorbehalte. Daß die a secretis nicht ihrerseits mit den referendarii identisch sind, bestätigt Procop. anecd. 14, 4. 11.

VI 26, 10)[1]), erhält zwischen 416 und 426 die comitiva secundi ordinis (Cod. Theod. VI 26, 18, vgl. VI 26, 17) und im Osten anläßlich der Übernahme in den Ruhestand, vermutlich durch das Gesetz vom 26. Febr. 444 (s. o. S. 224), die comitiva consistorii (Cod. Just. XII 19, 8), die ihm also während seiner Dienstzeit und daher auch demjenigen versagt bleibt, der anläßlich des eigenen Ausscheidens aus dem Dienste zum titularen comes dispositionum befördert wird; übrigens scheint es mir unwahrscheinlich, daß die zuletzt erwähnte Verordnung jemals auch im Westen Geltung erlangt hat, da die Geschicke des magisterium scrinii im Osten ganz andere sind als im Westen: während es als wirkliches Amt hier im Anfang des VI. Jahrhunderts, wie erwähnt, verschwunden ist, finden wir die magistri scriniorum dort nicht nur alle vier in der mittelbyzantinischen Zeit wieder, sondern es sind in dieser zwei von ihnen, darunter der magister dispositionum, aus Untergebenen des magister officiorum, bzw. des Quästors zu selbständigen Funktionären geworden.[2]) Jedenfalls nimmt der comes dispositionum einen Rang ein, der sehr gut für einen gewesenen ducenarischen agens in rebus, der den Scholenprinzipat nicht erlangt hat, paßt. Textkritisch läßt sich gegen die hier vorgeschlagene Emendation gewiß nichts einwenden, da alle Handschriften der Varien auf eine einzige, frühestens dem X. Jahrhundert angehörende zurückgehen (s. Mommsen, Cassiodor-Ausgabe p. XLI), und es leicht erklärlich ist, wenn deren Schreiber, wo nicht schon dem des Cassiodor, statt des seltenen comitivam primi dispositionum das ganz geläufige comitivam primi ordinis aus der Feder floß. Ich glaube daher, daß der ohne Erlangung des Scholenprinzipats in den Ruhestand tretende ducenarische agens in rebus im Westen den Rang eines comes dispositionum erhielt.

[1]) Bis dahin hatte erst der gewesene magister dispositionum bei seiner Versetzung in den Ruhestand seit 381 den vikarischen Rang erhalten (Cod. Theod. VI 26, 2).

[2]) S. Bury, The Imp. Admin. System (1911) 75 ff. (wo ich nur der p. 75, Anm. 3 grundlos geäußerten Ansicht, daß der comes dispositionum „was not one of the magistri scriniorum", widersprechen muß) und 118f. (wo der comes dispositionum sicher richtig im ἐπὶ τῆς καταστάσεως wiedererkannt wird).

Den in Cassiod. var. II 28 vorkommenden princeps officii nostri hat Traube im Index zu Mommsens Cassiodor-Ausgabe s. v. principes officiorum beweislos als princeps der Prätorianerpräfektur aufgefaßt; uns liegt es nun ob, zu zeigen, daß dieser Beamte, den wir als princeps des magister officiorum, d. h. als princeps scholae agentium in rebus erkannt haben, tatsächlich und in Übereinstimmung mit den obigen Ausführungen zugleich das ist, wofür ihn Traube hält. Nach Var. VI 12, 2 erhalten die consiliarii der Präfekten — wahrscheinlich beim Abschied — die (konsistorianische) comitiva primi ordinis. Nun hat schon Mommsen, Ges. Schr. VI 416 gezeigt, daß wie unter Justinian so auch in der letzten Zeit des italienischen Königreiches und wohl schon unter Theoderich der princeps der Präfektur selbst consiliarius des Präfekten gewesen ist. Das beste Argument für diese Feststellung hat sich Mommsen allerdings dadurch entgehen lassen, daß er mit P. Krüger am Texte des Codex Justinianus eine ganz unzulässige Verschlimmbesserung vornimmt: wie die in meinen Studien 154 erfolgte Gegenüberstellung von Lyd. de mag. III 36 und Cod. Just. I 27, 1, 21 außer Zweifel setzt, ist an der letzteren Stelle der überlieferte Plural cancellariorum durchaus richtig; selbstverständlich gilt aber dasselbe auch von dem Plural consiliariorum, und der justinianische Prätorianerpräfekt von Afrika erhält nicht nur zwei cancellarii, sondern auch zwei consiliarii. Das Fehlen des princeps in der Matrikel der afrikanischen Präfektur hat Mommsen zutreffend damit erklärt, daß der princeps als consiliarius erscheine; da am Plural consiliariorum festzuhalten ist, müssen wir, nebenbei bemerkt, im zweiten consiliarius den cornicularius erkennen, für dessen Fehlen in der Matrikel Mommsen a. a. O., Anm. 1 nur eine halbe und sehr gezwungene Erklärung findet.[1]) Die comitiva primi ordinis, die also der Prinzeps der Prätorianerpräfektur erhält, wird aber Var. II 28 dem in den Ruhestand tretenden princeps scholae agentium in rebus verliehen, was eine Identität beider Funktionen zwar

[1]) Im ostgotischen Italien allerdings scheint nur der princeps der Präfektur zugleich consiliarius zu sein, nicht auch der cornicularius, der beim Abschied nicht die comitiva consistorii, sondern wie der primiscrinius (Var. IX 20) bloß die Spektabilität inter tribunos et notarios erhält (Var. XI 18).

nicht beweist, zu ihr aber gut paßt. Wirklich beweisend ist dagegen das Folgende. Cassiod. var. XI 17—32 ist eine Rede, mit welcher der Prätorianerpräfekt die am natalis domini (worunter meines Erachtens der Geburtstag des gotischen Königs zu verstehen ist) von ihm alljährlich matricula decurrente vorzunehmenden Beförderungen in seinem officium vor den versammelten Offizialen publiziert. Die volle Auswertung dieses kostbaren Dokuments behalte ich mir für einen anderen Ort vor; hier ist nur zu bemerken, daß der princeps fehlt, da nicht der Präfekt, sondern das Staatsoberhaupt ihn ernennt (s. Bethmann-Hollweg, Der röm. Zivilprozeß III [1866] 138; Marchi, Studi giur. in on. di C. Fadda V 385), so daß die Aufzählung der Offizialen mit dem ausscheidenden cornicularius (Var. XI 18) beginnt, um dann in der bekannten Rangfolge der Offizialen weiterzugehen. Wohl aber findet sich in diesem Zusammenhange Var. XI 35 ein Schreiben des Präfekten, durch das eine Provinzbehörde angewiesen wird, aus ihren Steuereingängen dem Prinzeps der Präfektur seine Bezüge auszuzahlen. Cassiodor gibt hier wertvolle Aufschlüsse über die Natur dieses Prinzeps. Wir erfahren, daß er zuerst als agens in rebus gedient hat und zur höheren Ehre der Präfektur zu demjenigen Zeitpunkt in sie eintritt, zu dem er den Titel princeps zu führen beginnt (§ 2). Daß kann nur heißen, daß der Prinzipat als solcher nicht an der Beschäftigung in der Präfektur haftet, sondern daß es für diese gleichsam eine Ehre ist, daß der anderwärts mit dem Prinzipat Bekleidete sich in sie bemüht; eine solche Ausdrucksweise aber paßt vortrefflich und ausschließlich auf den Prinzipat der schola agentium in rebus. Im § 3 desselben Schreibens wird der in Rede stehende Beamte als princeps Augustorum bezeichnet, was ebenfalls nur auf den princeps des magister officiorum führt, dessen Offizialen, „wie schon die Benennung ihres Vorstehers zeigt, überhaupt als unmittelbare Subalterne des Kaisers gedacht" werden (Mommsen, Ges. Schr. VI 407). Denn es ist ausgeschlossen, daß, wie Traube a. a. O. annimmt, die Bezeichnung princeps Augustorum sich auf die frühere Dienstleistung als agens in rebus beziehe: mit gleichem Rechte könnte in einem amtlichen Schriftstück ein Straßenbahnkondukteur einer

Gemeinde, der früher Kammerdiener des Bürgermeisters war, als Straßenbahnkondukteur des Bürgermeisters bezeichnet werden. Es zeigt sich also auch hier die Richtigkeit unserer Lehre, daß ein und dieselbe Person zugleich den Offizienprinzipat der Prätorianerpräfektur und den Scholenprinzipat der agentes in rebus bekleidet.

Ich habe, um dem Gange der Untersuchung nicht vorzugreifen, es bisher vermieden, die Frage zu berühren, wieviele principes scholae agentium in rebus es gleichzeitig gegeben hat. Für Mommsen, der von dem zwischen dem Amte und der Prätorianerpräfektur bestehenden Zusammenhange nichts ahnte, existierte die Frage überhaupt nicht; für ihn ist es selbstverständlich, daß es nur einen Scholenprinzeps gibt. Uns dagegen müßte es befremden, wenn nicht in jeder Präfektur der princeps officii zugleich Chef der im betreffenden präfektorischen Sprengel tätigen agentes in rebus wäre; denn wie es grundsätzlich nicht angeht, ohne Beweis in einem so wichtigen Punkte eine Verschiedenheit in der Organisation sonst gleichartiger Ämter, wie es die Präfekturen sind, anzunehmen, so ist es klar, daß das staatliche Interesse an der Kumulierung in allen Präfekturen dasselbe war. Aus einer Cassiodorstelle geht hervor, daß der princeps der römischen Stadtpräfektur nicht weniger als der der italischen Prätorianerpräfektur und nach gleichartiger Dienstleistung „auf wunderbare Weise" zu seinem Offizienprinzipat gelangt[1], und damit ist eine Stelle in einem Briefe des Johannes Chrysostomus zusammenzuhalten, an der vom *κουριῶσος τῆς πόλεως* von Konstantinopel die

[1] Var. VI 6, 7: Officium vero eius (sc. des magister officiorum) tanta genii praerogativa decoratur, ut militiae perfunctus muneribus ornetur nomine principatus miroque modo inter praetorianas cohortes et urbanae praefecturae milites videantur invenisse primatum, a quibus tibi (dem Mag. off.) humile solvebatur obsequium. — Es ist vielleicht angezeigt, hier zu bemerken, daß der primicerius adiutorum der Stadtpräfektur von Konstantinopel (Cod. Theod. I 6, 12 = Cod. Just. I 28, 5) nicht der princeps officii ist, auch nicht der cornicularius, sondern der erste der adiutores im engeren Sinne (vgl. Not. dign. Occ. IV 30), meines Erachtens wahrscheinlich der Adiutor (vgl. Not. dign. Occ. IV 21); ich werde in der Untersuchung über die Präfektur, welche ich vorbereite, darauf noch zurückkommen.

Rede ist.[1]) Es wurde schon oben S. 222 bemerkt, daß nach Lyd. de mag. II 10 der als princeps in der orientalischen Prätorianerpräfektur tätige princeps scholae agentium in rebus wegen dieser letzteren Eigenschaft auch als *κουριῶσος* bezeichnet wurde; diesen genauer zu determinieren, hätte Chrysostomus auf jeden Fall allen Grund gehabt, da es außer ihm in Konstantinopel noch wenigstens den curiosus cursus publici praesentalis gab (Not. dign. Or. XI 50), der die in die unmittelbare Kompetenz des magisterium officiorum fallenden postalischen Agenden in dessen officium selbst besorgte. Aber durch Hinzufügung von *τῆς πόλεως* konnte die nähere Bezeichnung nicht erfolgen, denn die Beziehung des princeps in der Prätorianerpräfektur zur Hauptstadt bestand eigentlich nur darin, daß er in ihr amtierte, und das tat ebenso auch der curiosus cursus publici praesentalis; daher kann aber auch dieser nicht gemeint sein, abgesehen davon, daß er wohl nur mit dem Postwesen als solchem zu tun hatte. Dagegen ist *τῆς πόλεως* nicht nur eine vollkommen genügende und einleuchtende Determinierung des princeps officii der Stadtpräfektur von Konstantinopel, sondern wir sehen auch bei Symmachus im Jahre 384 den princeps officii der römischen Stadtpräfektur in genau derselben Sphäre wirken, in der bei Chrysostomus der *κουριῶσος τῆς πόλεως* handelnd auftritt, nämlich als in eigener Person zugreifendes Polizeiorgan.[2]) Dies alles legt also den Schluß nahe, daß die principes officiorum auch der Stadt- und um so mehr die aller Prätorianerpräfekturen zugleich principes scholae agentium in rebus gewesen sind, wenn sich auch ein strikter Beweis dafür nicht erbringen läßt, da in den drei zitierten Texten schlechterdings nichts vom Scholenprinzipat selbst steht und es sogar an einer Gegeninstanz nicht zu fehlen scheint. Cassiod. var. VII 31 ist nämlich die Formula principatus in urbe Roma, deren Adressat beauftragt wird, als

---

[1]) Migne Gr. 52, 532: *ἑλκόμενος ὑπὸ τοῦ κουριώσου τῆς πόλεως ἐν μέσῃ τῇ πόλει καὶ πρὸς βίαν συρόμενος κατηγόρμην* ...

[2]) Symm. rel. 23, 11: hoc ubi princeps officii conperit, paucis comitatus excurrit; retinet Felicem celebri urbis loco nec tamen eripit; ita Fulgentius, qui se simulat verberatum, manu validiore legibus repugnavit.

Vikar (vicario nomine) des vom Hofe unabkömmlichen princeps cardinalis den in Rom stationierten comitiaci vorzustehen. Es wäre nun freilich möglich, daß seit jeher um der Einheit des magisterium officiorum und der schola agentium in rebus willen die nicht in die Prätorianerpräfektur in comitatu, sondern in die anderen Präfekturen eingeteilten Scholenprincipes als Vikare des von Cassiodor als princeps cardinalis bezeichneten princeps der Prätorianerpräfektur in comitatu aufgefaßt wurden, der selbstverständlich der erste und vornehmste Scholenprinceps gewesen sein müßte; aber es ist mißlich, sich ein und denselben Funktionär zugleich als Vikar eines anderen und als dessen Kollegen vorzustellen, zumal ein praktischer Grund für eine solche Inkongruenz zunächst nicht zu erkennen ist. Ich glaube daher, daß der Begriff der Stellvertretung in das Amt des Empfängers von Var. VII 31 erst später und zwar, wie gleich ausgeführt werden soll, durch Theoderich hineingetragen worden ist, und damit möchte ich die Tatsache verbinden, daß Cassiodors stadtrömischer Vikar des princeps cardinalis von dem princeps der Stadtpräfektur verschieden zu sein scheint, da es sonst nicht leicht zu erklären wäre, daß in unserer Formel nicht die leiseste Andeutung von den Funktionen des letzteren sich findet: der princeps der Stadtpräfektur wurde zwar bestellt wie bisher und behielt seinen bisherigen Rang — das scheint aus der oben S. 232, Anm. angeführten Stelle Var. VI 6, 7 hervorzugehen —, wurde aber meines Erachtens auf die Funktionen des princeps officii beschränkt, während die Leitung der agentes in rebus des ganzen Reiches (denn jedenfalls gilt von der neu eingerichteten praefectura praetorio Galliarum dasselbe wie von der Stadtpräfektur) grundsätzlich in den Händen des princeps der Prätorianerpräfektur in comitatu zentralisiert worden sein wird, für den im Territorium der Stadt Rom ein allerdings sehr selbständiger, vom König ernannter Vikar die Geschäfte führte.

Daß die Einteilung des princeps in die Prätorianerpräfektur ein eklatantes Mißtrauensvotum des Kaisertums gegenüber der höchsten Staatsbehörde war und als solches noch im VI. Jahrhundert von der Präfektur empfunden wurde, geht, wie aus der ganzen Darstellung des Lydus, so insbe-

sondere daraus hervor, daß dieser Autor die Einrichtung, wiewohl mit Unrecht, mit dem Sturze des Rufinus in Zusammenhang bringt. Um den Groll des bureaukratischen Personals brauchten sich die Kaiser natürlich nicht zu kümmern, und andere Gefühlsmomente waren bei den Prätorianerpräfekturen, einem seit jeher im engsten Sinne kaiserlichen und lange Zeit nichtsenatorischen Amte, nicht im Spiele. Ganz anders lagen die Dinge bei der Stadtpräfektur, nicht der konstantinopolitanischen, die zur Zeit der Verfügung der Konstantinssöhne noch gar nicht bestand, da das Prokonsulat von Konstantinopel erst im Jahre 359 zur Präfektur erhoben wurde (s. Seeck, Regesten S. 207), wohl aber bei der römischen. Im Bas-Empire gilt der Präfekt der Stadt Rom, der allein unter den hohen Würdenträgern nicht das cingulum, sondern die bürgerliche Toga trägt (s. Mommsen, Staatsr. II³ 1067, Anm. 3), „als Haupt und Spitze des Senats. Gleichsam als Bürgermeister der alten Reichshauptstadt im Range den höchsten bürgerlichen und militärischen Reichsbeamten gleichgestellt, bewahrte er die letzte Erinnerung an die Zeit, wo die Stadt Rom die Herrschaft über das Reich ausgeübt hatte“. Es „tritt in dieser Epoche dies Amt gewissermaßen in Gegensatz zu dem Reichsregiment, und die letzten Versuche zur Wiederherstellung der alten Senatsherrschaft stützen sich den Reichsbehörden gegenüber auf die Stadtpräfektur“ (Mommsen, Staatsr. II³ 1069). Daher sind die Art und Weise, wie die Regierung mit der Stadtpräfektur umgeht, und die einschlägigen Personal- und Kompetenzfragen in Zeiten, in denen dem Senate eine erhöhte Bedeutung zukommt, von besonderer Wichtigkeit. Es ist das Verdienst Sundwalls, in seinen „Abhandlungen zur Geschichte des ausgehenden Römertums“ (1919) nachdrücklich auf die große Rolle hingewiesen zu haben, die im italienischen Königreiche, und zwar seit Odovakar, der Senat und in engstem Zusammenhang mit diesem die Stadtpräfektur spielt. Sundwall hat a. a. O. 180f. nicht nur gezeigt, daß es Odovakar gewesen ist, der bei der schwachen Rechtsgrundlage seiner Herrschaft Anlehnung an den Senat und die in diesem herrschende stadtrömische Hocharistokratie suchte und fand, sondern auch mit Recht betont, daß damit zugleich der

ravennatischen Regierung die Ausübung einer wirksamen Kontrolle über die römische Stadtpräfektur sehr erschwert wurde. Wenn er freilich ein Symptom für die letztere Tatsache und für das Bestreben der Regierung, ihr entgegenzuwirken, darin zu erkennen glaubt, daß unter Odovakar die Stadtpräfekten nur kurze Zeit, in der Regel vermutlich ein Jahr, im Amte blieben, so ist dies ganz unerweislich, da ein Blick in die Verzeichnisse der Stadtpräfekten bei Seeck, Regesten S. 475 f. und bei Sundwall selbst, Weström. Stud. 24—26 lehrt, daß keiner der Stadtpräfekten seit 421 länger als ein Jahr im Amte gewesen zu sein braucht, und daß schon im IV. Jahrhundert die Amtsdauer der Stadtpräfekten nicht selten noch kürzer war. Dagegen scheint es mir, daß Odovakar, um die aus der größeren Unabhängigkeit der Stadtpräfektur für ihn sich ergebenden Nachteile zu vermindern, den jeweils rangsältesten gewesenen consul ordinarius mit jenen wichtigen Befugnissen ausgestattet hat, die aus der ostgotischen Epoche bekannt sind und von Mommsen, Ges. Schr. VI 429 f. erörtert werden; denn der prior senatus, dessen Kompetenz wohl von der Stadtpräfektur abgezweigt wurde, erscheint im Westen zuerst im Jahre 490 (Anon. Vales. § 53), darf also füglich als Schöpfung schon des Odovakar angesehen werden. Auch im Osten genießt der rangshöchste Senator (d. i. derjenige Patrizier, der am frühesten das eponyme Konsulat bekleidet hat, und nach dem Erlöschen des Konsulats der rangsälteste Patrizier) in dieser Eigenschaft eine besondere Ehrenstellung, die zuerst unter Leo dem Thraker (Marcell. com. zum Jahre 471. Malal. 371 B. Chron. pasch. 596 B. Malch. frg. 1, FHG IV 113), dann unter Zeno (Anon. Vales. § 41), ferner beim Regierungsantritt Justins II.[1]) und am Ende der zweiten Regierung Justinians II. (Theophan. p. 380 de Boor) nachweisbar ist. Aus dem Umstande aber, daß sich in den Rechtsbüchern, insbesondere in Just. nov. 62, vom caput senatus keine Spur findet, ergibt sich, daß der Senatsvormannschaft des Ostens die große Bedeutung und die bestimmten administrativen Kompetenzen gefehlt haben, die der prior senatus im ita-

[1]) Das vermute ich wenigstens in meinen Studien zur Gesch. des byz. Reiches 185 auf Grund von Coripp. Just. I 68 ff. IV 335 ff.

lienischen Königreiche besitzt. Dasselbe aber wie von der oströmischen läßt sich auch von der früheren gemeinsamen und von der kaiserlich weströmischen Legislation sagen; ferner fehlt nicht nur in den drei ersten Vierteln des V. Jahrhunderts im Westen die Erwähnung des prior senatus bei den nicht wenigen Gelegenheiten, bei denen man sie, hätte er in seiner späteren Bedeutung schon existiert, erwarten würde, sondern wir können sogar aus Sidon. epist. I 9 einen positiven Anhaltspunkt dafür gewinnen, daß die Einrichtung, wie wir sie im italienischen Königreiche finden, unter den weströmischen Kaisern noch nicht bestanden hat. Denn es geht zwar einerseits aus diesem Briefe die Selbstverständlichkeit hervor, daß auch im Jahre 467 unter zwei sonst gleichartigen gewesenen eponymen Konsuln derjenige den Vorrang hat, der früher zum Konsulat gelangt ist (§ 5), andererseits aber, daß damals im Westen die militärischen Senatoren den Vorrang vor den aus der Zivilkarrière hervorgegangenen besitzen, also der rangsälteste ordentliche Exkonsul, auch wenn er Patrizier ist, darum noch nicht an der Spitze des Senatorenalbums steht[1]) — ein Sachverhalt, der damals zu Ehr und Nutzen des militärischen Patriziers Ricimer (cos. 459), wahrscheinlich schon seit den Tagen des Aetius, frühestens aber seit 443[2]) bestand. Endlich ist dem Briefe des Sidonius zu entnehmen, daß Ende 467 zwischen dem Konsul von 463 Caecina Basilius und dem von 450 Gennadius Avienus ein irgend erheblicher Rangsunterschied nicht besteht, obwohl es nicht unwahrscheinlich ist, daß in einer Zeit, in der man noch regelmäßig erst in vorgerück-

---

[1]) § 2: duo fastigatissimi consulares, Gennadius Avienus et Caecina Basilius ... hi in amplissimo ordine seposita praerogativa partis armatae facile post purpuratum principem principes erant. Nicht Sidonius gebraucht den Ausdruck „primarius in senatu“, wie Sundwall, Weström. Stud. 56, n. 63 behauptet, sondern Mommsen im Index personarum zum Sidonius, M. G., Auctt. antt. VIII p. 421; die Zahl 14, auf welche Mommsen verweist, bezeichnet auch nicht, wie Sundwall glaubt, die Nummer unseres Sidonius-Briefes, sondern eine der Seiten, auf welchen er in Lütjohanns Ausgabe gedruckt ist.

[2]) Denn ein Gesetz Valentinians III., welches am 17. März 443 die Rangordnung der höchsten Würdenträger regelt (Nov. Valent. 11), weiß noch nichts davon.

teren Jahren zum Konsulat gelangt, und in der die politisch hervorragenden Persönlichkeiten so häufig ein gewaltsames und vorzeitiges Ende finden, Gennadius Avienus fast 18 Jahre nach dem Antritt seines Konsulats der rangsälteste ordentliche Exkonsul des Westens gewesen ist.

Die Politik des Odovakar in bezug auf die stadtrömischen Behörden ist nun wie so vieles andere von Theoderich übernommen worden. Sundwall, Abhandlungen 215 gibt zu, daß auch in der ersten Zeit Theoderichs führende Persönlichkeiten des Senats mit der Stadtpräfektur betraut wurden. Wenn er dagegen dezidiert behauptet, daß seit dem faktischen Ende des laurentianischen Schismas, also etwa seit 506, in der bezeichneten Hinsicht ein entschiedener Umschwung zu beobachten sei, so hängt diese These vollständig in der Luft. Die vier Stadtpräfekten, die Sundwall zur Begründung seiner Ansicht als Beispiele anführt, sind in Wirklichkeit die Gesamtheit der uns aus den Jahren 503—523 bekannten Stadtpräfekten; daß ein solches Material nicht gestattet, irgendwelche sicheren Schlüsse zu ziehen, liegt auf der Hand. Von jenen Vieren nun ist einer, der Grieche Artemidorus, allerdings als besonderer Vertrauensmann des Königs anzusprechen, wie schon Hartmann, Gesch. It. I 180 gesehn hat. Daß der Fall bei Constantius ebenso liege, schließt Sundwall in gar nicht überzeugender Weise nur daraus, daß der Mann in Ligurien geboren zu sein scheint! Was aber den dritten und vierten unserer Stadtpräfekten anlangt, so ist Agapitus geradezu eine führende Persönlichkeit im Senate, wie Sundwall a. a. O. 85 selbst nicht leugnet, und Argolicus ist geradezu während seiner Amtszeit mit dem Senate einig im Widerstande gegen den König, als dieser die Ernennung zweier der hohen Körperschaft offenbar mißliebiger Personen zu Senatoren verfügt hatte.[1] Dieses letztere Vorkommnis, das wohl eine schlagende Widerlegung von Sundwalls Behauptung darstellt, zeigt nicht nur deutlich die große Langmut, die der doch so kraftvolle Herrscher den stadtrömischen Behörden bewies, sondern ist wohl auch

---

[1]) Vgl. die Rüge, die Argolicus deshalb vom König erhält, Cassiod. Var. IV 29.

eine der Ursachen davon gewesen, daß der König nicht, wie Sundwall a. a. O. 216 infolge seines erwähnten Irrtums glaubt, die Politik gegenüber dem Senate noch weiter verschärfte, sondern zwar auch weiter, den Grundsätzen des Odovakar getreu, die senatorischen Empfindlichkeiten möglichst zu schonen fortfuhr, aber auf geeignete Weise nunmehr sich den nötigen Einfluß auf die stadtrömischen Angelegenheiten sicherte: noch während der Amtszeit des Argolicus wird im Jahre 511 der Gote Arigern mit solchen Befugnissen neben den Stadtpräfekten gestellt, daß er geradezu mit diesem zu konkurrieren scheint und jedenfalls mächtig genug ist, um oppositionelle Bestrebungen wirksam zu vereiteln.[1]) Daß damit eine dauernde Einrichtung geschaffen wurde, und welch deprimierenden und nachhaltigen Eindruck die Maßnahme in senatorischen Kreisen hervorrief, das bezeugen die melancholischen Worte, mit denen Boethius 13 Jahre später der Stadtpräfektur gedenkt.[2]) Ich wüßte keine Gelegenheit im V. und VI. Jahrhundert, bei der die Regierung so großen Anlaß gehabt hätte, den Senat hinsichtlich der Stadtpräfektur durch ein verwaltungsrechtliches Zugeständnis zu beschwichtigen, und keinen Zeitpunkt, zu dem sie so unbedenklich ein wichtiges, ja das wichtigste Mittel zur Kontrolle des Amtes aus der Hand geben konnte: und deshalb möchte ich vermuten, daß sie eben damals den Pfahl aus dem Fleische der Stadtpräfektur gezogen und in der o. S. 234 erörterten Weise die Agenden des princeps officii praefecti urbis von denen des stadtrömischen Chefs der agentes in rebus geschieden hat.

II. Sacellarius.

In meinen Studien z. Gesch. d. byz. Reiches 146f. 184f. habe ich über die Anfänge des in mittelbyzantinischer Zeit so bedeutenden Amtes des Sacellarius gehandelt. Dazu habe ich nun einiges zu bemerken.

---

[1]) Vgl. Sundwall a. a. O. Mommsens Annahme, daß Arigern schon im Jahre 501 dieselbe Stellung inne gehabt habe (Ges. Schr. VI 456), ist ganz unbegründet.

[2]) De consol. phil. III 4, p. 59 Peiper: atqui praefectura magna olim potestas nunc inane nomen et senatorii census gravis sarcina.

Zunächst beeile ich mich, einzugestehn, daß ich nach der Lektüre des endlich in meinen Besitz gelangten Buches von Bury, The Imperial Administrative System in the Ninth Century (1911), der p. 80—82. 84—86 über den Sacellarius handelt, nicht mehr an jene „außerordentliche" comitiva sacrarum largitionum glaube, die ich a.a.O. 163—165 entdeckt zu haben vermeinte. Als Materialsammlung mögen die zwei Seiten, die ich ihr dort widmete, weiterhin brauchbar sein, da Bury p. 85 einen einzigen der von mir beigebrachten Texte heranzieht, nämlich Agath. III 2, p. 140 B.; im übrigen aber zeigt mehr als alles andere die von mir S. 164 angeführte Stelle aus dem Strategikon, daß Bury die erwähnte Agathiasstelle mit Recht auf den Sacellarius bezieht, und daher in allen jenen Texten von diesem die Rede ist. Dadurch, daß der Sacellarius Funktionen ausübt, die ursprünglich der comitiva sacrarum geeignet und ihr den Namen gegeben haben, wurde ich zu meiner irrigen Ansicht verleitet; mit ihr fällt natürlich auch die von mir S. 146 aufgestellte Vermutung, die comitiva sacrarum largitionum sei von Phocas im Jahre 605 [1]) abgeschafft worden, wenn auch nicht daran gezweifelt werden kann, daß sie die Mitte des VII. Jahrhunderts nicht erlebt hat, und daß ich ihre Todesursache richtig erkannt habe.

Demnach ist nicht, wie ich Studien 184f. gesagt habe, Callinicus im Jahre 565 der erste nachweisbare sacellarius gewesen, sondern es haben dieses Amt auch Narses, der spätere Eroberer Italiens, in den Jahren 530/31 und 538/39 (also wahrscheinlich auch in der Zwischenzeit), ferner Rusticus 554/55 und Johannes Dacnas 555—557 bekleidet. Aber es gibt noch eine Reihe anderer, gleichzeitiger und älterer, Zeugnisse für den sacellarius, die ich nicht verkannt, sondern ebenso wie Bury überhaupt nicht gekannt habe.

[1]) Meine Behauptung, daß in diesem Jahre der letzte comes largitionum vorkomme, ist jedoch richtig, denn der comes largitionum Anastasius, den Bury 86 auf Grund von Theophan. A. M. 6101 noch im Jahre 608/9 nachweisen zu können glaubt, ist, wie ein Vergleich der beiden Quellen sofort zeigt, identisch mit dem comes largitionum Athanasius im Chron. pasch. 696 B; Theophanes selbst erzählt a.a.O. nur ein zweitesmal die von ihm schon A. M. 6099 berichtete Angelegenheit, und hinsichtlich der Chronologie verdient hier selbverständlich die Osterchronik vor ihm den Vorzug.

Petrus Patricius (in De caerim. 401 B.) teilt uns mit, daß um die Mitte des VI. Jahrhunderts dem sacellarius die bis vor kurzem dem comes rerum privatarum obgelegene Aufgabe zukommt, den persischen Gesandtschaften auf Anweisung des magister officiorum das Bettzeug zur Verfügung zu stellen. Die von Petrus Patricius erwähnte vormalige Kompetenz des comes rerum privatarum war offenbar ein Survival aus der Epoche, in welcher der kaiserliche Schatz, einschließlich des kostbaren Hausrates, noch nicht dem sacellarius unterstand, sondern von der comitiva rerum privatarum ressortierte, und andererseits sehen wir hier einen Fall, in dem nicht, wie gewöhnlich, die largitiones, sondern die comitiva privatarum das Opfer der vampyrartigen Tätigkeit ist, die auf der einen Seite vom Sacellum, auf der anderen von der Prätorianerpräfektur ausgeübt wird, und die mit der Aufsaugung der alten Finanzressorts endet: das Wesentliche dessen, was ich Studien 183ff. und 144ff. ausgeführt habe, erhält so eine nicht unentbehrliche, aber willkommene Bestätigung. — Noch früher spricht der große Monophysit Severus von Antiochia in einem zwischen 513 und 518 geschriebenen Briefe von dem gloriosen sacellarius Eleutherius der zu den cubicularii des Kaiserhofes zu gehören scheint[1]); der älteste mir überhaupt bekannte sacellarius erscheint aber schon im Jahre 484: wie Joh. Ant. frg. 214, 4, FHG IV 620 berichtet, schickte damals der Kaiser Zeno gegen den Empörer Illus eine Flotte, *ναυάρχους ἐπιστήσας Ἰωάννην τὸν κατὰ Βασίλισκον καὶ Παῦλον τὸν ἐκ δούλων γενόμενον αὐτοῦ σακελλάριον.* Bei einem Kubikular ist diese niedere Herkunft keineswegs auffallend, da ein Teil dieser Funktionäre aus gewesenen Sklaven bestand[2]); dem cubiculum aber müssen bis in den Anfang des VII. Jahrhunderts alle sacellarii, auch die wenigen, bei denen es

[1]) The sixth book of the Select letters of Severus, Patriarch of Antioch I 17, vol. II, p. 65 f. Brooks.

[2]) Vgl. Cod. Just. XII 5, 4 (wohl vom Jahre 473, s. Seeck, Regesten S. 137 f.), pr.: Iubemus omnes, qui vel iam in sacrum cubiculum cuiuspiam liberalitate donati aliove titulo dati vel dandi principalibus obsequiis inhaerere vel ante meruerunt vel postea meruerint, ... postquam devotissimis cubiculariis fuerint sociati, ad condicionem libertatis ingenuitatisque rapiantur raptique videantur.

nicht schon aus anderen Gründen ersichtlich ist, angehört haben, da das sacellum bis zu seiner Erhebung zum selbständigen staatlichen Finanzamt als kaiserliche Privatschatulle in die Kompetenz des s. cubiculum fiel (so auch Bury a. a. O. 80f.).

Daß nämlich der kaiserliche Privat- und (was dasselbe ist) Kronschatz seit dem ausgehenden IV. Jahrhundert im oströmischen Reiche aus der comitiva rerum privatarum ausgeschieden ist und vom s. cubiculum ressortiert, habe ich Studien 171 ff., bes. 183ff. gezeigt. Bury a. a. O. 80f. hat der unsicheren Vermutung Ausdruck gegeben, daß die Notitia dignitatum den sacellarius in dem bekanntlich nicht auf uns gekommenen Verzeichnis der Offizialen des praepositus s. cubiculi angeführt habe; ich meinerseits aber habe Studien 184f. gezeigt, daß im Anfang der Regierung Justins II. der Sacellar Callinicus selbst praepositus s. cubiculi gewesen ist. Nachdem ich aber vorhin auch Narses den Eroberer Italiens schon für die Jahre 530 und 531 als sacellarius agnoszieren konnte, läßt sich feststellen, daß im ersten Drittel des VI. Jahrhunderts der sacellarius noch nicht praepositus und nicht mehr als spectabilis gewesen sein kann; denn Narses ist noch am 18. Januar 532 bloß spatharocubicularius (Malal. 476 B. Chron. pasch. 626 B.), und wenn auch die vielfache Gliederung der Hofeunuchen, die wir am Ende des IX. Jahrhunderts antreffen (über sie Bury 121 ff.), und nach welcher die spatharocubicularii vier Stufen nach den praepositi rangieren, im VI. Jahrhundert sicher noch nicht besteht, so gibt es doch damals schon einen Eunuchen-Protospathar (s. meine Studien 116, Anm. 10), der zweifellos nicht nur höher als die spatharii et cubicularii, sondern auch selbst niedriger als die praepositi s. cubiculi rangiert. Da jedoch Narses 565 als gewesener (CIL VI 1199), 554 als nominell noch aktiver (Subskription der pragm. sanct. pro pet. Vigilii) praepositus s. cubiculi (oder palatii) erscheint, und da es trotz seiner Stellung als besonderer Vertrauensmann des Kaisers kaum denkbar ist, daß er im Jahre 538/39, als er wieder oder noch sacellarius war, nicht nur dem *στρατηγὸς αὐτοκράτωρ*, Patrizier und eponymen Konsul von 535 Belisarius so, wie er es tat, hätte entgegen-

treten, sondern auch unter den übrigen Generalen, von denen wenigstens einer, der magister militum per Illyricum Justinus, nachweisbar den ordentlichen und gewiß mancher den vakanten Illustrat besaß, offenbar der vornehmste hätte sein können (vgl. Hartmann, Gesch. It. I 280ff.), wenn er auch damals nur spectabilis gewesen wäre, so darf man wohl vermuten, daß Narses derjenige sacellarius gewesen ist, unter dem das Amt mit der Stellung eines praepositus s. cubiculi kombiniert wurde; denn selbst wenn es sich zunächst nur um eine persönliche Ehrung des Narses gehandelt haben sollte, so zeigt doch das Beispiel des Callinicus, daß die Einrichtung sehr bald zu einer ständigen geworden ist. Und dabei blieb es, bis die Entwickelung des sacellarius zu einer staatlichen Behörde vollendet war. Eine ganz sichere Spur dieses Sachverhaltes findet sich noch in viel späterer Zeit: das Taktikon Uspenskij aus der Mitte des IX. Jahrhunderts zählt nämlich den *πατρίκιος καὶ σακελλάριος* an zwei Stellen auf; das ist nur so zu erklären, daß der sacellarius früher einen anderen Rang hatte als zur Zeit der letzten Redaktion des Taktikon, und daß man bei dieser vergaß, ihn an der älteren Stelle zu streichen. Da sein Platz im Takt. Usp., Izvjestija russk. arkheol. inst. v Kpolje III 115 derselbe ist wie später im Kletorologion des Philotheus[1]), so muß die andere Erwähnung, Takt. Usp. p. 111, die ältere sein: hier aber rangiert der Sacellarius noch unmittelbar nach dem Präpositus und unmittelbar vor den übrigen den Patriziat besitzenden Eunuchen. Es ist im Zusammenhange damit zu beachten, daß nicht nur unter Irene ein Eunuche als sacellarius nachweisbar ist (Theophan. A. M. 6273f. 6281), sondern daß auch unter Basilius dem Mazedonier dieses Amt von einem praepositus bekleidet wird (Bury a. a. O. 86). — Unter den verschiedenen Titeln, die dem Eroberer Italiens beigelegt werden, befindet sich auch der eines chartularius[2]), den auch andere Kubikulare

[1]) Daß der Stadtpräfekt und der domesticus excubitorum, die Takt. Usp. p. 115 unmittelbar vor dem Sacellarius und nach den Strategen des Westens stehn, bei Philoth. in De caerim. 713. 728 B. vor den Strategen des Westens rangieren, ändert daran nichts.

[2]) Mar. Avent. zum Jahre 553. Paul. Diac. II 1. 3. Agn. c. 62. Joh. v. Eph. I 39, p. 36 Schönfelder.

führen.[1]) Das Amt, von dem dieser Titel hergeleitet ist[2]), kann nur das der *περίβλεπτοι χαρτουλάριοι τρεῖς τοῦ θείου κουβουκλείου* sein, welches in den Anhängen zu Just. nov. 8 vom 15. April 535 und zu Just. nov. 24—27 vom 18. Mai 535 vorkommt; und da diese drei Chartulare die Sporteln einheben, welche die iudices spectabiles und clarissimi der provinzialen Zivilverwaltung bei ihrer Ernennung an das s. cubiculum zu entrichten haben, so sind sie offenbar dessen Schatzmeister, und einer von ihnen ist der — damals also wie drei Jahre früher noch spektable — sacellarius. Denn man könnte zwar zunächst daran denken, daß es sich in den zitierten Novellen um persönliche Einkünfte der Chartulare handle; daß aber Justinian vielmehr, wie Mommsen, Ges. Schr. VI 400, Anm. 5 es treffend nennt, „die eigene Beteiligung an den Ernennungstrinkgeldern" regelt, geht hervor erstens daraus, daß die stereotype Wendung *τοῖς περιβλέπτοις χαρτουλαρίοις τρισὶ τοῦ θείου κουβουκλείου* nichts anderes bedeuten kann als die Worte *ἐν τῷ θείῳ ἡμῶν κουβουκλείῳ*, durch welche sie in Just. nov. 8, notitia, 1. 2 ersetzt ist; zweitens aus der Erwähnung des *δεσποτικὸν* suffragi*ον* (Just. nov. 8, iusiur.): der Zusammenhang erhebt es über jeden Zweifel, daß der Beamte hier nicht zu beschwören hat, dem Kaiser kein „Trinkgeld" gegeben zu haben oder geben zu wollen, sondern daß es nicht größer sei als das in der Notitia normierte; drittens und vor allem aus der Tatsache, daß der Caesar Tiberius Constantinus im Dezember 574 die der Privatschatulle (*τῷ βασιλικῷ λόγῳ*) von den Statthaltern gezahlten suffragia beseitigt hat (Nov. 161, 2), womit deren vorherige Existenz bewiesen ist (sie abzuschaffen, hatte schon Justinus II. am 18. Januar 569 versprochen, Nov. 149, 1).

Durch die auf das bündigste bezeugte Spektabilität der

---

[1]) Philaretus im Jahre 612/13, Chron. pasch. 703 f. B. Ferner die Exarchen Smaragdus, Eleutherius und Paulus, s. Hartmann, Unters. 111 zu S. 10. 114 zu S. 13—14. 124 zu S. 21—23.

[2]) Daß es nichts auf sich hat, wenn in den Quellen ein Exchartular abusiv als chartularius bezeichnet wird, bedarf angesichts der großen Zahl analoger Fälle keines Beweises.

drei Chartulare des s. cubiculum[1]) wird die von Hartmann, Unters. 138 erwogene Möglichkeit ausgeschlossen, daß sie selbst die illustren praepositi s. cubiculi seien; ihre Spektabilität zeigt aber auch, daß sie nicht, wie Bury vom sacellarius vermutet, unter den Offizialen des praepositus s. cubiculi, sondern unter den Funktionären, welche sub dispositione dieses Würdenträgers stehen, in der Notitia dignitatum verzeichnet gewesen sind[2]); denn kein aktiver Offiziale kann mehr als clarissimus sein. Fehlen diese Funktionäre heute auch in der Not. dign., so sind sie uns doch bekannt. Es sind dies der primicerius s. cubiculi, der castrensis s. palatii, der comes s. vestis und der comes domorum, welch letzterer zwar im Westen, nicht aber im Osten aus der Kompetenz des cubiculum ausgeschieden ist (s. zuletzt meine Studien 172, wo ich Cod. Theod. XI 18, un. noch unrichtig ins Jahr 409 setze). Die drei ersten von ihnen nennt das eben erwähnte Gesetz des Honorius vom 15. Februar 412. Dazu kommt noch in Zeiten, in denen es, wie im Jahre 535, aber anders als im Jahre 412, eine Augusta gibt, der primicerius Augustae, der zwischen 577 und 582 nachweisbar ist (Eustrat. v. Eutych., Migne Gr. 86, 2372), wie wir ja auch wissen, daß die Kaiserinnen sowohl einen besonderen sacellarius[3]) als auch einen besonderen dem des Kaisers gleichgestellten praepositus[4]) hatten (vgl. auch Cod.

---

[1]) Daß Just. nov. 8, 7 einer von ihnen, wohl eben der sacellarius, als *μεγαλοπρεπέστατος χαρτουλάριος τῶν θείων ἡμῶν κοιτώνων* bezeichnet wird, ist irrelevant, denn magnificus bezeichnet im Jahre 535 überhaupt keine bestimmte Rangklasse und ein halbes Jahrhundert später die spectabiles administratores.

[2]) Der wichtige Unterschied zwischen sub dispositione und officium wird überhaupt nicht genügend beachtet; vgl., was z. B. Bury a. a. O. 41 alles zum officium des Themenstrategen rechnet, obwohl er p. 71 jenen Unterschied selbst hervorhebt.

[3]) Nachweisbar unter Justin II., Joh. v. Eph. II 9, p. 51—54. II 38, p. 78f. Schönfelder. Unter Justinian hat der comes domorum, später der proconsul Cappadociae an den Privatschatz der Kaiserin jährlich in drei Raten fünfzig Pfund Goldes abzuführen, Just. nov. 30, c. 6, 1. c. 11, 1.

[4]) Nachweisbar schon 432/33 (Bull. d'anc. litt. et d'archéol. chrét. I [1911] 251), dann unter Anastasius I. (Petr. Patr. in De caerim. 418B. Cod. Just. XII 5, 5).

Just. XII 5, 3. III 24, 3, pr.). Weder der castrensis noch der comes domorum können zu den drei Chartularen des justinianischen cubiculum gehört haben. Was den castrensis anlangt, so bin ich allerdings weder der Ansicht, daß er nicht vom cubiculum ressortiere (so Mommsen, Ges. Schr. VI 650), noch glaube ich, daß er mit dem curopalates zu identifizieren sei (so Mommsen, Ges. Schr. VI 453 und Hartmann, R.-E. IV 770 f.), welch letzterer, wie Bury 33 f. sehr hübsch ermittelt hat, noch im V. Jahrhundert[1]) den Illustrat (und damit natürlich die Unabhängigkeit von jeder anderen illustren Behörde) erlangt hat. Denn der castrensis scheint nicht nur nach Cod. Just. XII 5, 2, pr. am 31. Januar 428 (zum Datum s. Seeck, Regesten S. 137), sondern nach Philoth. in De caerim. 742 B. (vgl. ebd. 744 B.) auch noch im September 899 dem praepositus zu unterstehen, und die Stelle im Kletorologion zeigt, daß sein Amt im Laufe der Zeiten eher gesunken ist, geschweige denn, daß es sich zu dem des curopalates hinaufentwickelt hätte. Als ein vom curopalates sicher verschiedener Funktionär erscheint der castrensis auch am 4. Oktober 612 in der Osterchronik; gerade diese Stelle aber zeigt, daß er nicht zu den Chartularen des cubiculum gehört, da er neben einem solchen so erwähnt wird, daß der kontradiktorische Gegensatz zwischen seinem Amte und dem der Chartulare unverkennbar ist.[2]) — Der comes domorum wieder besitzt allerdings

[1]) Bury meint, daß dies spätestens unter Anastasius I. geschehen sei; in Wirklichkeit erfolgte die Maßnahme wohl spätestens unter Zeno, da ein von diesem erlassenes Gesetz (Cod. Just. XII 3, 3), das erst durch Just. nov. 62, 2, 5 im Dezember 537 aufgehoben wurde, die Bekleidung des Konsulats, einer der Präfekturen oder des Magisterium officiorum zur Voraussetzung für die Erwerbung des Patriziats macht, der von Bury herangezogene gewesene curopalates Nomus aber nach Burys Gedankengang Patrizier wurde, ohne eines jener Ämter geführt zu haben. Sollte aber, was mir nicht ausgeschlossen erscheint, *ἀπὸ κουροπαλατῶν* im Chron. pasch. 613 B. nicht das höchste, sondern das unter mehreren allerdings durchweg illustren Stellungen zuletzt bekleidete Amt des Nomus bezeichnen, so möchte ich ihn mit dem gleichnamigen Konsul von 445, der im Oktober 451 Exmagister, Exkonsul und Patrizier ist (s. Seeck, Regesten S. 391. 393) identifizieren und die Erhebung des curopalates zum Illustrat um die Mitte des V. Jahrhunderts datieren.

[2]) Chron. pasch. 703 B.: . . . *παρακολουθούντων Φιλαρέτου κουβικουλαρίου καὶ χαρτουλαρίου καὶ Συνέτου καστρησίου.*

bis zu der am 18. März 536 erfolgten Aufhebung seines Amtes fortgesetzt die Spektabilität[1]) und untersteht auch ebensolange dem praepositus s. cubiculi[2]); aber er ist ausschließlich Direktor der kappadozischen Krondomänen und hat als Provinzialbehörde seinen Sitz nicht am Hofe in Konstantinopel, wie offenbar die drei Chartulare, sondern in Caesarea Cappadociae (Cod. Just. I 49, un. Just. nov. 30, vgl. 20, 2). Somit bleiben nur die beiden primicerii und der comes sacrae vestis übrig, und ich stehe daher nicht an, in ihnen die drei chartularii s. cubiculi Justinians, in den beiden Primiceren zugleich den ordentlichen sacellarius (des Kaisers) und den der Kaiserin zu erblicken.[3]) Diese Lehre läßt sich aber noch besser begründen und genauer präzisieren.

Schon Mommsen hat Ges. Schr. VI 400 f. aus Cassiodor ermittelt, daß im italienischen Königreich einerseits der primicerius s. cubiculi, so wie unsere drei Chartulare, „mit der Beamtenernennung zu tun hat", andererseits der comes sacrarum largitionum zugleich primicerius s. cubiculi ist, und mit Recht aus Just. nov. 8 und den die finanziellen Agenden des cubiculum bezeugenden Cassiodorstellen geschlossen, daß diese auf den ersten Blick seltsame Kombination die personale Vereinigung des staatlichen Finanzamtes mit der königlichen Privatschatulle — bei allerdings getrennt bleibender Rechnungsführung — darstellt; für uns kann somit an der Identität des primicerius s. cubiculi mit dem Verwalter des Privatschatzes, dem sacellarius, nicht der geringste Zweifel mehr bestehen. Wenn Mommsen freilich vermutet,

---

[1]) Cod. Just. III 26, 11 vom 9. April 442. I 49, un., pr. vom 11. Okt. 479. Just. nov. 20, 2. 30, 4.

[2]) Cod. Just. XII 5, 2, pr. vom 31. Jan. 428. III 26, 11. Just. nov. 30, 7, 1, vgl. 8, pr.

[3]) Den primicerius Augustae in einem Gesetze, in dem Justinian allein spricht, zu den Chartularen *τοῦ θείου ἡμῶν κουβουκλείου* zu zählen, ist auch nicht etwa deshalb bedenklich, weil die Kaiser Leo I. (Cod. Just. XII 5, 3) und Anastasius I. (Cod. Just. XII 5, 5) zwei sacra cubicula, das eigene und das der Kaiserin, unterscheiden. Denn in einem weiteren Sinne wurden beide als sacrum cubiculum zusammengefaßt, wie sich aus Cod. Just. XII 5, 4, 6 ergibt: hier werden Personen dem sacrum cubiculum schlechthin zugerechnet, die offenbar zum Gesinde der Kaiserin gehören.

daß jene Kombination eine Neuerung des Theoderich sei, so möchte ich dem nicht beipflichten. Die Erscheinung muß ja als ein Ergebnis des erfolgreichen Bestrebens, den Unterschied zwischen Staats- und Krongut zugunsten des Herrschers zu verwischen, angesehen werden; dieses Strebens aber glaube ich hinsichtlich der res privata Studien 172 f. das weströmische Kaisertum ebenso überführt zu haben, wie ich das italienische Königtum davon freisprechen konnte. Wir werden daher mit Wahrscheinlichkeit diese Tendenz auch bei den Largitiones auf die weströmischen Kaiser zurückführen können. Aus der Notitia dignitatum ergibt sich, daß es zu der erwähnten Ämterkumulierung selbst nicht vor Valentinian III. gekommen ist; dagegen könnte sie recht gut aus dessen letzter Zeit stammen, als der primicerius s. cubiculi Heraclius den maßgebenden Einfluß auf den Kaiser besaß.[1]) Im Osten hat sie nicht stattgefunden, was damit in Einklang steht, daß hier im Gegensatz zum Westen, von Justinians Velleitäten abgesehen, kein Versuch unternommen wird, die seit dem Ende des IV. Jahrhunderts verstaatlichte res privata dem Kaiser zurückzugeben.

Seeck, R.-E. IV 671, n. 83 behauptet, der dem comes s. l. unterstehende comes vestiarii (Not. dign. Occ. XI 5) sei notwendig verschieden von dem comes s. vestis, dessen Abhängigkeit vom s. cubiculum sicher ist. Implicite habe ich mich Studien 147. 184 dieser Ansicht angeschlossen; ich war damals noch derselben Überzeugung wie Bury a. a. O. 95 f. 125, der das *βασιλικὸν βεστιάριον* der mittelbyzantinischen Epoche mit seinem *χαρτουλάριος* vom scrinium vestiarii sacri der comitiva s. l., den an der Spitze des *οἰκειακὸν βεστιάριον* stehenden *πρωτοβεστιάριος* aber vom comes s. vestis herleitet. Wäre Burys Meinung uneingeschränkt richtig, so würde auch das für unseren nächsten Zweck, den Nachweis, daß der comes s. vestis der dritte

---

[1]) Joh. Ant. frg. 201, 1 f. 4 f., FHG IV 614 f. Prosp. Tiro, M. G., Auctt. antt. IX 483 f., 1373. 1375. Marcell. com. z. Jahre 455. Vict. Tonn. z. Jahre 455. Als primicerius zur Zeit der Ermordung des Aetius bezeichnet ihn sicher richtig Joh. Ant. frg. 201, 2; es ist nicht ausgeschlossen, daß er nachher zum praepositus avançierte, da ihm Vict. Tonn. diesen Titel gibt.

der chartularii s. cubiculi ist, genügen; denn schon Bury 125 glaubt mit Recht aus De caerim. 605 B. schließen zu können, daß der protovestiarius auch finanzielle Agenden hat und der Chef einer kaiserlichen Privatkasse ist. Aber das Verhältnis der sacra vestis zum vestiarium ist in Wirklichkeit ein anderes als wir bisher angenommen haben. Aus einem Gesetze Theodosius' I. vom 10. Juni 384, das bis auf unwesentliche Bruchstücke im Cod. Theod. VI 30, 7 nur durch Cod. Just. XII 23, 7 auf uns gekommen ist, kennen wir das officium der Largitiones mit größter Genauigkeit. Mit Ausnahme des scrinium mittendariorum (§ 6) finden wir alle hier verzeichneten Bureaux in der Notitia dignitatum wieder; denn bei einem Vergleich ihrer Verzeichnisse (Or. XIII 21—34. Occ. XI 87—99) mit dem unsrigen wird es durch die Duplizität des Falles über jeden Zweifel erhoben, daß sowohl die Aurifices specierum, die Aurifices solidorum und die Sculptores et ceteri aurifices (§§ 8—10) zum Scrinium aureae massae (§ 7) als auch die Officiales sacrarum vestium (§ 14) und die Deputati sacrae vestis (§ 15) zum Scrinium vestis (§ 13) gehören. Im § 13, wo ich nicht mit Mommsen, Cod. Theod., Bd. I 2, p. 297 gegen das Zeugnis aller Handschriften „Scrinii sacrae vestis" für das überlieferte „Scrinii vestis" schreiben möchte, handelt es sich offenbar um ein ursprünglich schon dem staatlichen Finanzamt angehörendes Bureau, dessen Agenden irgendwie mit der kaiserlich privaten comitiva s. vestis zusammenhängen, von der mindestens die im § 15 angeführten deputati in die Largitiones entsendet werden.[1]) Damit ist zunächst bewiesen, daß die Lehre, es habe der comes s. vestis mit dem scrinium vestiarii sacri nichts zu schaffen gehabt, unrichtig ist, dann aber auch, daß die Worte vestiarium und vestis keineswegs begrifflich scharf geschieden werden, denn das scrinium vestis in Cod. Just. XII 23, 7, 13 ist identisch mit dem scrinium vestiarii sacri der Notitia dignitatum. Daher entfällt nicht nur der Grund, sondern meines Erachtens auch die Möglichkeit, den nur okzidentalischen comes vestiarii für verschieden vom comes s. vestis zu halten; wenn er im

[1]) Was es mit den Officiales sacrarum vestium im § 14 für eine Bewandtnis hat, weiß ich nicht zu sagen.

Gegensatz zu seinem oströmischen Kollegen in der Notitia dignitatum dem comes sacrarum unterstellt ist, so ist dies nur ein weiteres Anzeichen für die schon genügend erörterte privatrechtliche Auffassung vom Staatsvermögen, die im westlichen Imperium des V. Jahrhunderts zum Unterschiede vom östlichen herrscht.[1]) Die enge Beziehung der comitiva s. vestis zu den Largitiones, wie sie in dem erwähnten orientalischen Gesetze zutage tritt, zeigt aber auch den Weg, den der comes s. vestis des Ostens gegangen ist: die s. vestis ging, jedenfalls aus ähnlichen Gründen wie das sacellum (über dieses s. meine Studien 144 ff., bes. 146 f.), allmählich in die staatliche Sphäre über und dehnte dabei vermutlich ihre anfangs wohl auf das scrinium vestiarii sacri beschränkte Ingerenz auch auf die Scrinia argenti und a miliarensibus aus, so daß aus ihr beim Zerfall der Largitiones im VII. Jahrhundert das neugebildete *βασιλικὸν βεστιάριον* werden konnte, in welchem, wie Bury 95 mit Recht annimmt, die drei genannten scrinia aufgegangen sind[2]); zur selben Zeit oder später wird von dem dadurch zu einer rein staatlichen Behörde werdenden Amte das *οἰκειακὸν βεστιάριον* abgezweigt worden sein. Der comes s. vestis ist es, den wir als den späteren *χαρτουλάριος τοῦ βεστιαρίου* anzusprechen haben.

Betrachten wir nun die gesamten Ergebnisse dieser Untersuchung, so finden wir einen Komplex von Einrichtungen im VI. Jahrhundert fast vollkommen ausgebildet in einer Hülle, die er im VII. sprengen wird. Wir haben gesehen, daß der sacellarius zwischen 535 und 538 aus einem spectabilis primicerius zu einem illustris praepositus wird. Durch die Erhebung seines Amtes in die erste Rangsklasse schied er fraglos aus dem Kollegium der spectabiles char-

---

[1]) Vgl. insbesondere auch die Analogie, welche in der Not. dign. der nur sub dispositione des westlichen, nicht des östlichen comes rerum privatarum vorkommende comes largitionum privatarum bietet: meine Studien 173. 184.

[2]) Schon deshalb darf man nicht, wie ich es Studien 147 tat, annehmen, daß im primicerius scrinii vestiarii sacri, der nur der Chef eines dieser drei scrinia der comitiva s. l. ist, der Vorstand des ganzen späteren vestiarium zu erkennen sei.

tularii s. cubiculi aus, und es liegt nichts näher, als daß er nunmehr die oberste Leitung der finanziellen Ressorts des cubiculum übernahm, also der Vorgesetzte der chartularii wurde, während der primicerius s. cubiculi Chartular und unmittelbarer Vorstand des sacellum wahrscheinlich so lange blieb, bis das sacellum an den Staat überging.[1]) Seit Justinian sehen wir also innerhalb des cubiculum unter dem praepositus und sacellarius (des Kaisers) den primicerius s. cubiculi als Chartular und unmittelbaren Chef des sacellum und den comes s. vestis als Chartular und unmittelbaren Chef des kaiserlichen vestiarium[2]); in mittelbyzantinischer Zeit aber ist der sacellarius nicht etwa unmittelbarer Chef des sacellum, sondern ihm steht die Oberaufsicht über alle Finanzminister zu[3]), abgesehen von den aus der Prätorianerpräfektur hervorgegangenen vor allem über die Chartulare des *σακέλλιον* und des *βεστιάριον*. Daß diesen beiden Ministern der Titel chartularius eignet, den im VI. Jahrhundert von hohen Beamten nur die Kassenchefs des s. cubiculum geführt hatten, spricht wohl sehr deutlich für die Richtigkeit des Entwickelungsganges, wie wir ihn gezeichnet haben.

---

[1]) Daß der im Jahre 781 als Gesandter der Irene an Karl d. Gr. neben dem sacellarius erscheinende primicerius (Theophan. A. M. 6274 in.; über diese Gesandtschaft s. Hartmann, Gesch. It. II 2, 292. 328, Anm. 11) noch identisch mit dem *χαρτουλάριος τοῦ σακελλίου* wäre, ist daher nicht anzunehmen.

[2]) Der primicerius und sacellarius der Kaiserin wird jedenfalls dem praepositus der Kaiserin unterstanden sein.

[3]) Philoth. in De caerim. 717 B., dazu Bury a. a. O. 82. Ohne jeden Grund hält Bury 85 es für wahrscheinlich, daß diese Stellung des Sacellarius erst aus der isaurischen Epoche stamme.

Miszellen.

[Subsidiarität und Insolvenz.] Verweigert der Prätor die subsidäre Klage auch dann, wenn zwar eine Klage gegen einen Dritten gegeben, dieser Dritte aber insolvent ist? Bei der Regreßklage [1]) gehört die Insolvenz des Dritten zur Begründung des Interesses des Klägers. So kann Käufer oder Verkäufer gegen den mensor, der falsum modum dixerit, nur vorgehen, wenn die condictio des Käufers oder die actio venditi des Verkäufers wegen Insolvenz des Verkäufers oder Käufers nicht zum Erfolge führt. Wenn dabei in D. 11, 6, 3, 2 das Stück [nisi solvendo venditor non fuit: tunc enim mensor tenebitur] und in D. 11, 6, 3, 3 das Stück [nisi et hic emptor solvendo non sit] sicher späterer Zusatz ist [2]), so hätte doch Ulpian sachlich nicht anders entscheiden können. Nur lag ihm dieser Fall nicht so nahe, wie den Späteren; daß diese gern die Insolvenz des einen Schuldners als Bedingung der Klage gegen den andern setzten, beweist Justinians Einführung des sog. beneficium excussionis (Nov. 4).

So haben sie denn auch bei Restitution des minor viginti quinque annis die Insolvenz als Voraussetzung der restitutio in rem bei Gut-

---

[1]) Zum Unterschiede zwischen subsidiären und Regreßklagen: Levy, Konkurrenz 1, 22[5].

[2]) Im § 2 ist außer „nisi—tunc enim“ (Albertario, Filangieri 1911) der Wechsel der Konstruktion aus Acc. c. inf. in direkte Rede und das Tempus („fuit“ sagt einer, der nachher den Fall ansieht) unklassisch, im § 3 das „et hic“, das so häufig von einem späteren Zusatz auf den anderen verweist; vgl. die Interpolations-Annahmen zu D. 2, 11, 2, 8: Beseler, Beitr. 3, 111; D. 2, 14, 7, 18 a. E.: Faber, Rat. 1, 178; D. 4, 3, 18 pr.: Faber, Krüger Dig.; D. 4, 5, 4 pr.: Lenel, Ulp. 867; D. 5, 3, 16, 5: Schulz, Sav. Z. 27, 111; D. 6, 2, 11, 1: Beseler, Beitr. 2, 6; 3, 171; Perozzi, Bull. 7, 57; Riv. Ital. 23, 32 f.; Ist. 1, 482[2]; Ferrini, Pandette: 498[5]; Albertario, Rend. Ist. Lomb. 1912, 469; D. 17, 1, 10, 5: Albertario, L'actio quasi institoria 26; Rabel, Zittelmann-Festschrift 1913, 28; D. 18, 1, 57, 2: Faber, Krüger Dig.; D. 19, 5, 5, 4: Beseler, Beitr. 3, 150; D. 19, 5, 8: Beseler, Beitr. 2, 163; D. 20, 4, 6, 2: Pringsheim, Kauf mit fremd. Geld 151[3]; D. 29, 2, 86 pr.: Gradenwitz, Sav.-Z. 7, 79[2]; Krüger, Sav.-Z. 19, 25; D. 34, 3, 5, 1: Faber, Krüger Dig.; D. 40, 5, 24, 18: Beseler, Beitr. 3, 89; D. 43, 21, 3, 2: Perozzi, Krüger Dig.; D. 44, 5, 1, 6: Faber, Krüger Dig. Auch in Dig. 2, 12, 7 scheint das „et hic causa cognita“ am Ende auf den interpolierten Teil zu verweisen, in D. 32, 52, 4 (nisi forte et hic nos urserit voluntas) auf den sicher interpolierten Schluß des pr. (si non adversetur voluntas testatoris), in D. 40, 2, 3 ist der Schluß (nam et hic retro libertas competit) wegen des „idemque est“ ganz überflüssig.

gläubigkeit des dritten Erwerbers eingeschoben. Zu D. 4, 4, 13, 1 hat bereits Lenel gegen den Passus „si quidem emptor — non esset solvendo" mit der Begründung Verdacht geäußert (Ulp. 405): licet sententia non offendat, interpolationis tamen suspicionem movet scribendi genus; und wirklich kann an der Einfügung kaum ein Zweifel sein: von Einzelheiten ist nur hinzuweisen auf den Tempus- und Moduswechsel (si quidem — scit — si ignoravit et — esset — sin vero — esset), auf das unpräzise „rem ita gestam" (das soll heißen: die Minderjährigkeit des ersten Verkäufers) und auf den ganzen Bau mit den drei Fällen: 1. emptor sciens, 2. emptor ignorans, prior emptor solvendo, 3. emptor ignorans, prior emptor non solvendo. Sachlich erhebt sich aus der Stelle selbst der Einwand, daß der Zweck „ne rem suam perdat vel re sua careat" nur durch Restitution zu erreichen ist[1]), mithin auch bei Solvenz des prior emptor Rückgabe der Sache selbst eintreten muß. Es wird also auch das zweite „interdum" zu streichen sein.[2]) Wie der Unterschied zwischen bona und mala fide emptor, so stammt der zwischen Solvenz und Insolvenz des prior emptor bei bona fides des emptor sequens von den Byzantinern. Bedenken erwachsen hiergegen aus D. 4, 4, 14; denn dort erscheint noch einmal die Insolvenz des prior emptor als Voraussetzung der Restitution bei bona fides des emptor sequens. Aber D. 21, 2, 39 pr. spricht in seiner ausführlichen Darstellung nicht von solcher Möglichkeit, schließt sie sogar aus, da bei Insolvenz des prior emptor die actio auctoritatis für den emptor sequens keinen Sinn hat. Ebendies trifft auch D. 4, 4, 15, wo das „reverti ad auctorem suum" nur bei Zahlungsfähigkeit des auctor Erfolg verspricht. Soll hier überall die actio auctoritatis dem mala fide emptor sequens, und nur ihm, versprochen sein? Dazu kommen Bedenken gegen den Schluß von D. 4, 4, 13, 1: „etiam—est" [3]); ist er von derselben Hand, die auch die Worte „si quidem—solvendo" in den Text setzte, so paßt zu der ursprünglichen Fassung von D. 4, 4, 13, 1 die von D. 4, 4, 14 schlecht. Schließlich spricht mancherlei gegen die Echtheit der letzteren Stelle[4]): „nihil novi constituendum est" scheint wie das „nihil novi statuendum" in D. 29, 1, 14[5]) vom Standpunkte dessen aus gesagt, der wirklich etwas Neues einführte; dieses Neue ist offenbar die Beschränkung der Klage; sie soll nur noch gegen

---

[1]) Paul. Sent. 1, 7, 4; D. 21, 2, 39 pr.

[2]) Seckel s. v. interdum 1: „hier und da interpoliert, z. B. D. 11, 1, 1 pr.", dazu noch D. 4, 2, 9, 3: Beseler, Beitr. 1, 72; D. 4, 2, 14, 11 am E.: Faber, Krüger Dig.; D. 4, 4, 9 pr.: s. unten; D. 4, 4, 19: Lenel, Sav.-Z. 39, 138; C. 5, 38, 1: Levy, Sav.-Z. 37, 49.

[3]) Zwecklose Wiederholung, die doch noch Unklarheit zurückläßt (was bedeutet hier bona fides?); Indikativ nach quamvis innerhalb des Zitats aus Labeo.

[4]) plane, ein beliebtes Anknüpfungswort auch der Kompilatoren (Lenel, Sav.-Z. 39, 139; Seckel s. v. plane); quamdiu heißt „solange als", nicht „wenn".

[5]) Interpoliert nach Faber bei Krüger Dig.; auch hier eine byzantinische Distinktion nach Wissen und Nichtwissen.

den gehen, der schlechtgläubig oder den, der gutgläubig vom Insolventen gekauft hat. Für die Klassiker hat das judicium in rem die Aufgabe, in jedem Falle die Sache selbst zurückzubringen. Die Frage: in rem oder in personam und die anderen: Solvenz oder Insolvenz, bona oder mala fides haben nichts miteinander zu tun. Erst die Byzantiner scheinen die Restitution beschränkt zu haben.

Das haben sie auch in D. 4, 4, 9 pr. getan. Lenel[1]) hat den Schluß (et puto — minores) für interpoliert erklärt. Mit vollem Recht; grande damnum ist wohl auch in D. 43, 13, 1, 7[2]), grande commodum in D. 4, 6, 4[3]) interpoliert. Ob allerdings, wie Lenel meint, die Entscheidung schon in den Worten „sed interest ipsius corpora potius habere" liegt, ist zweifelhaft, zumal ipse hier wohl für is steht.[4]) Der Gegensatz von corpora und pecunia andrerseits ist klassisch.[5]) So kann der Satz „sed — habere", der wohl nur einen Entscheidungsgrund, kaum die Entscheidung selbst liefert, keine klare Antwort geben, wie Ulpian entschied; nur wenn man ihn mit D. 4, 4, 13, 1 zusammenhält, wird man Lenel sachlich zustimmen, daß Ulpian ohne Einschränkung die Restitution gegen den Erwerber der Pfandgegenstände gab. Der Pfandverkauf durch den Gläubiger steht dem weiteren Verkauf durch den Käufer nahe.[6]) Auch hier handelt es sich um eine Art restitutio in rem, und der große Nachteil, der dem minor hier entsteht, ist dem Schaden verwandt, den er im Falle von D. 4, 4, 13, 1 durch Insolvenz des prior emptor erleiden würde. Auch in D. 4, 4, 49[7]) wird der Zwischensatz: „si grande damnum pupilli vel adulescentis versetur" und in C. 2, 28, 1 das „si tamen magno detrimento adficiantur" und „enorme"[8]) nicht in den ursprünglichen Text gehören.

Schutz des durch Insolvenz Geschädigten mit einer Klage gegen einen Dritten gewährt auch D. 4, 4, 12 in seinem Schlusse „haec si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur senatus consulti auxilio". Der Schutz des Haussohnes durch das S. C. Macedonianum tritt gegenüber dem Schutze des minor durch Restitution zurück.[9]) Der Schutz der Frau durch das S. C. Vellejanum dagegen bleibt auch gegenüber einem minor bestehen; mit vollem Recht, weil der Minorgläubiger, der einem Haussohn borgt, sonst sein Geld verlieren würde, während der Minorgläubiger, für dessen Schuldner eine Frau inter-

[1]) Sav.-Z. 39, 137.

[3]) Beseler, Beitr. 2, 84. [2]) Beseler, Beitr. 3, 97.

[4]) Nach Seckel s. v. ipse 5) ein justinianischer Gräzismus.

[5]) Seckel s. v. corpus 3.

[6]) Savigny, System 7, 272: „Denn diese Handlung ist als ein im Namen des Minderjährigen, als von ihm selbst, geschlossener Verkauf anzusehen"; vgl. C. 8, 29, 3 und die Konstitutionen 1, 4 und 5 desselben Titels.

[7]) Falls es sich hier, wie Savigny, System 7, 272 m meint und der ursprüngliche Zusammenhang (Lenel, Ulp. 1011) nahelegt, um Pfandverkauf handelt.

[8]) Enormis fehlt im Voc. Jur. Rom., kommt dagegen bei Justinian nach Longo vor.

[9]) z. B. D. 4, 4, 11, 7: ut magis aetatis ratio quam senatus consulti habeatur.

zediert, die Klage gegen den prior debitor erhält (D. 16, 1, 1, 2). Die Byzantiner aber, die ja auch D. 4, 4, 12 unmittelbar hinter D. 4, 4, 11, 7 stellen, finden es ungerecht, daß der minor hier wegen Insolvenz des prior debitor (der Anklang an den prior emptor drängt sich auf) nicht zu seinem Gelde kommen soll. Daß in dem Schlußsatz nicht Gaius spricht, ergibt die Fassung mit Sicherheit.[1]) Aber auch der Gedanke ist ganz irrig: gegen die Insolvenz seines Schuldners gibt es selbst für einen minor keinen Schutz. Der Kaiser, der das S. C. Vellejanum nicht liebt [2]), läßt ihn bei Insolvenz des prior debitor gegen die Frau klagen.

Restitution ist ein „subsidiärer" Rechtsbehelf[3]); aber sie sowenig wie die Regreßklage ist im scharfen Sinne subsidiär. Der Gedanke, die Insolvenz eines Dritten unschädlich zu machen, tritt klarer bei der actio de dolo hervor. Ihr sind die Byzantiner geneigt, um die Lücken des Aktionensystems zu füllen.[4]) Besonders aber lassen sie aus Vorliebe für die Fälle der nebeneinander zustehenden Klagen ihre Subsidiarität zurücktreten. Sie geben die Klage, schon wenn es an einer actio civilis (nicht auch honoraria) fehlt[5]) und wenn die alia actio durch dolos herbeigeführten Zeitablauf oder Aufhebung unterging.[6]) Überblickt man, von solchem Argwohn geleitet, die Erwähnung der Insolvenz im Titel 4, 3, so fällt schon auf, daß sie fast überall erst am Schlusse steht: D. 4, 3, 5 „plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei"; D. 4, 3, 7, 6 „si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo" [7]); D. 4, 3, 7, 8 „aut si non sit solvendo expromissor, domino dabitur"; D. 4, 3, 7, 9 „quia non esset

---

[1]) Ferrini, Obblig. 562; das Buch ist mir zur Zeit nicht zugänglich.

[2]) C. 4, 29, 23 pr.: non posse senatus consulti — auxilio uti; C. 4, 29, 24 und 25, 2.

[3]) D. 4, 4, 16 pr.: soweit nicht berührt von Beseler, Beitr. 2, 37.

[4]) z. B. D. 4, 3, 13, 1: Pernice, Labeo 2, 1, 201 [3], 228 [6]; D. 4, 3, 31: Di Marzo, Temi Siziliana 2, 147; D. 4, 3, 32: Pernice, Labeo 2, 1, 229 [5]; Di Marzo, Temi Siziliana 2, 148; D. 4, 3, 37: De Medio, Bull. 16, 63; D. 11, 6, 5 pr.: Di Marzo a. a. O.; Litten, Festgabe f. Güterbock 270; D. 19, 5, 5, 3: Gradenwitz, Interpol. 133; Seckel s. v. cessare 3; D. 19, 5, 14 pr.: Eisele, Sav.-Z. 18, 23; D. 19, 5, 15: Pernice, Krüger Dig.; Beseler 2, 164. Wohl auch D. 19, 5, 16, 1 (sed erit de dolo); hier, wie in D. 19, 5, 5, 3 und D. 19, 5, 15 wird auf das Fehlen der civilis actio abgestellt. D. 21, 2, 21 pr.: Pernice, Labeo 2, 1, 223 [3]; De Medio, Bull. 16, 75; Rabel, Haftung 94; D. 37, 5, 8, 2; Pernice, Labeo 2, 1, 132 [3]; Beseler, Beitr. 3, 120; D. 39, 3, 1, 12: Pernice, Labeo 2, 1, 62; D. 39, 5, 18, 3: De Medio, Bull. 16, 82; D. 44, 4, 11, 1: Schulz, Sav.-Z. 33, 68; D. 46, 3, 95, 1: Scialoja, Bull. 11, 63; Schulz, Einführung 104 f.; D. 47, 2, 52, 24: Lenel, Ulp. 1042; C. 2, 4, 19: Bertolini, Transazione 380 [2], Appunti Didattici 1024 [2]. Und zum Ganzen Biondi, Studi sulle actiones arbitrariae 103 f.

[5]) Siehe Anm. 2 und Litten, Festgabe für Güterbock 276.

[6]) Dig. 4, 3, 1, 6 [nisi—exiret]: Bremer, Jur. Antehadr. 2, 1, 101; D. 4, 3, 1, 7 [nisi — passus est]: Seckel, s. v. pati a); und zum Ganzen Pernice, Labeo, 2, 1, 200 [2]. „Übrigens scheinen — — an einigen Stellen die Compilatoren eingegriffen zu haben. Sachlich sind die Änderungen vor allem daran erkennbar, daß die Subsidiarität der Klage verletzt wird."

[7]) Der Schluß ist interpoliert nach Pernice, Labeo 2, 1, 210 [1].

solvendo"; D. 4, 3, 9, 3 „vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo". Die klassischen Juristen sprechen wie der Prätor (D. 4, 3, 1, 4: si de his rebus alia actio non erit) nur von dem Vorhandensein, nicht von der materiellen Wirksamkeit der Klage (D. 4, 3, 1, 4: qua possit experiri; D. 4, 3, 1, 8: sit alia actio; D. 4, 3, 3—4: adversus alium sit actio; D. 47, 2, 43, 3: Nisi sit alia adversus eum actio; C. 2, 20, 2 cum alia nulla competit). Zwar heißt es in D. 4, 3, 4: vel si ab alio res mihi servari potest und in D. 4, 3, 7 pr.: quasi res alio modo — salva esset non poterit; aber dies bedeutet nicht, daß die Klage erfolgreich sein, daß der Beklagte solvent sein muß. Dieselbe Wendung erscheint nämlich in D. 4, 3, 2: vel ab eo res servari poterit; hier aber ist der „is" der, gegen den sich die a. de dolo richten würde; an dessen Insolvenz kann nicht gedacht sein, da ja sonst auch die a. de dolo keinen Erfolg verspräche. Das „res servari" und „salva esse" ist vielmehr deshalb dem „actio esse" beigefügt, weil die a. de dolo nicht nur versagt wird, wenn eine andere actio, sondern auch wenn ein anderer Rechtsbehelf dem Geschädigten zur Verfügung steht, wie z. B. ein interdictum (D. 4, 3, 1, 4), eine exceptio (D. 4, 3, 1, 4), eine stipulatio (D. 4, 3, 1, 4), oder wenn er damit rechnen kann, daß der Prätor die Klage gegen ihn denegieren (D. 4, 3, 1, 5) oder ihm restitutio in integrum gewähren wird (D. 4, 3, 1, 6). Der Zusatz weist also auf eine verstärkte, nicht auf eine abgeschwächte Subsidiarität.[1])

Dem klassischen Juristen kommt es nur darauf an, ob eine andere actio besteht oder nicht. Deshalb wird die a. de dolo verweigert, wenn die andere actio „tempore finita sit" (D. 4, 3, 1, 6) oder durch acceptilatio oder sonstwie aufgehoben ist (4, 3, 1, 7); d. h. es wird nicht verlangt, daß der Kläger auf andere Art materiell befriedigt werde, sondern nur, daß ihm formell eine andere actio zur Verfügung stehe. Es genügt, wenn er eine a. civilis vel honoraria hatte (D. 4, 3, 1, 7: habuit), auch wenn er damit gar nichts mehr anfangen kann. Nicht in die klassische Auffassung der Aktionen, wohl aber in die byzantinische paßt der Gedanke, daß es mehr auf den Erfolg, als auf das Zustehen der Klage ankomme.[2])

[1]) So zeigt auch das Beispiel in D. 4, 3, 7 pr. sofort, daß die „elegante" Definition des Pomponius nur von der Existenz, nicht von der erfolgreichen Durchführbarkeit einer Klage verstanden sein will. Die Frage, ob der emptor zwar dolos, aber insolvent ist, wird gar nicht erörtert; wäre die a. de dolo auch bei Insolvenz des emptor zulässig gewesen, so hätte Ulpian diese bequeme Erklärung der Ansicht Julians kaum vernachlässigt.

[2]) So sagt denn auch Pernice (Labeo 2, 1, 104): „Dabei ist die Subsidiarität doch ein eigentümliches Ding — sie (die Klage) soll auch dann erhoben werden dürfen, wenn die an sich begründete Klage wegen Zahlungsunfähigkeit des zunächst Verpflichteten keine Aussicht auf Erfolg hat"; und Siber (Passivlegitimation 188): „Das Fehlen einer anderen Klage gegen denselben Schuldner läßt sich mit dem einer Klage gegen einen anderen zahlungsfähigen Schuldner wohl unter dem Namen „Subsidiarität" zusammenfassen, aber es bleibt doch etwas begrifflich davon Verschiedenes".

Die erste Erwähnung des Gedankens gibt D. 4, 3, 5. Formell fällt „plane" und das an den Schluß gestellte, in seiner Beziehung zunächst unklare „ei" auf. Das mit „ideoque" eingeleitete, bei Ulpian unmittelbar an D. 4, 3, 3 angeschlossene Beispiel soll einen Fall geben, in dem die a. de dolo wegfällt, weil „adversus alium sit actio"; dies Beispiel ist spätestens[1]) bei „intersit" zu Ende. Von da an beginnt ein neuer Tatbestand, der mit der Frage nichts zu tun hat.

Der Schluß von D. 4, 3, 7, 6 wird von Pernice[2]) als im Hinblick auf die Klagenkonkurrenz interpoliert angesehen; aber von einer noxae deditio kann überhaupt keine Rede sein, da die actio de pauperie nicht begründet ist.[3]) Gibt es keine Klage gegen den Herrn, so muß dessen Insolvenz außer Spiel bleiben. Labeo wird von der actio utilis legis Aquiliae[4]) und vom Zessieren der a. de dolo gesprochen haben.[5]) Die Byzantiner dachten an die a. de pauperie und schoben ihre Erwägung der Insolvenz [si dominus — solvendo] ein; der vorher „tu" Genannte heißt nun plötzlich „dominus quadrupedis". Der ganze zweite Satz ist nicht heil: „placuit" paßt nicht, da von einer gegenwärtigen Erwägung die Rede ist.[6]) Hinter „de dolo" fehlt „actionem"[7]); grade bei der a. de dolo scheint diese Ellipse[8]) nur in interpolierten Stellen vorzukommen.[9])

So auch in D. 4, 3, 7, 8. Pomponius schreibt, die a. de dolo greife Platz; eine Klage des Patrons gegen den Freigelassenen? Aber geschädigt ist der reus, der einsprang, weil der Sklave sich nicht civiliter verpflichten konnte[10]); der Patron nur, falls der reus weniger solvent ist als der Freigelassene, ein kaum häufiger Fall. Daß der reus die a. de dolo haben soll, erweist die weitere Darlegung. Pomponius schützt den reus durch eine exceptio (doli), falls der Patron — er schützt ihn durch eine a. de dolo, falls der Freigelassene die Expromission verhindert; im ersten Falle braucht er nicht zu zahlen, im zweiten kann er sich schadlos halten. Schließlich würde Pomponius die Subsidiarität verletzen, wenn er dem Patron die Klage geben

---

[1]) Der Relativsatz „per quam — intersit" paßt mit seinem Hinweis auf das Interesse besser zu einer Regreßklage als zu einer subsidiären: er legt es den Byzantinern nahe, den Schlußsatz anzuknüpfen.

[2]) Labeo 2, 1, 210[1].

[3]) D. 9, 1, 1, 6: sed et si instigatu alterius fera damnum dederit, cessabit haec actio.

[4]) Die Pernice mühsam fernhält (Labeo 2, 1, 223).

[5]) Wie die §§ 2—10 dauernd vom Zessieren der a. de dolo reden; §§ 8 und 9 sind noch zu besprechen.

[6]) Placuit ist in D. 39, 3, 6, 1 ip. nach Ferrini bei Krüger Dig.

[7]) Pernice, Labeo 2, 1, 210[1] meint, es sei durch den Schlußsatz verdrängt; das ist nicht eben wahrscheinlich.

[8]) Literatur über sie bei Levy, Konkurrenz 1, 89[1].

[9]) D. 4, 3, 7, 8 und 9, 1; D. 19, 5, 5, 3 und 16, 1.

[10]) Er heißt reus als erster (ziviler) Schuldner, weil die Abrede (condicio) des Sklaven keine (zivile) Verpflichtung erzeugt, die er ihm novierend als expromissor abnehmen könnte; so spricht auch D. 45, 1, 104 vom reus und D. 16, 1, 13 pr. nur deshalb vom expromissor, weil hier grade die naturale Obligation der ancilla betont werden soll.

würde; denn der hat ja ohne Zweifel die a. ex stipulatu gegen den reus. Zweifel bereitet nur, was jetzt folgt; aber hier ist so viel schadhaft, daß der klassische Zustand der Stelle kaum noch herzustellen ist.

Zunächst soll also Ulpian den Pomponius über die Subsidiarität belehren, derselbe Ulpian denselben Pomponius, dessen elegante Auffassung gerade dieser Subsidiarität er eben anerkannt hat (D. 4, 3, 7 pr.), den er überhaupt dauernd zitiert und ausschreibt (D. 4, 3, 1, 4, 5 und 6; D. 4, 3, 7, 2 und 10 usw.). Dann kommt ein Einwurf und dessen Widerlegung: nisi forte — accipere. Immer noch steht die Entscheidung Ulpians aus; hat der Patron also, wie Pomponius meint, die a. de dolo? Hierauf erfolgt keine Antwort. Zuletzt kommt eine ganz andere Erwägung, nämlich ob der reus die a. de dolo habe, und daran schließt sich endlich ganz nebenbei die Lösung an; der Herr hat die actio, wenn der reus insolvent ist: expromissori plane — dabitur. Zunächst kann der Teil „nisi forte — accipere" nicht von Ulpian sein; denn hier wird Haupt- und Nebenfall durcheinander gewirrt. Im Hauptfall (manumissus non patitur) gibt es natürlich keine exceptio für den reus; und das soll Ulpian auch sofort gegen seinen eigenen Einwurf erwidern. Im Nebenfall (per patronum stabit) aber gibt es natürlich keine a. de dolo des Patrons gegen den Freigelassenen; diese Klage ist auf den Bruch des unklagbaren Versprechens gegründet [1]), und hier bricht ja der Patron sein Wort. Nur ein Schüler könnte so glossieren, nur im Unterrichte könnte eine solche Frage gestellt werden. Kein Schriftsteller kann auf diese Art seine Leser fördern wollen. Dazu kommt eine Reihe sprachlicher Bedenken: 1) nisi forte quis dicat [2]); 2) nisi forte quis dicat debere dici (unschöne Häufung von dicere); 3) quoniam — potest in indirekter Rede; 4) de dolo ohne actio [3]); 5) si nolit expromissorem ipsum manumissum accipere (irreführende Stellung von expromissor; ipse überflüssig betont). Ein klassischer Gedanke kann in dem Stück „quasi nulla actio sit, quae exceptione repellitur" stecken. Nichtgewähren einer actio und Entkräftetwerden durch exceptio sind verwandt; man kann sie vielleicht gleichsetzen [4]); das ist

---

[1]) Mitteis, Röm. Priv. R. 319.

[2]) Über forte Literatur bei Levy, Konkurrenz 1, 106 [3]; der ganze Passus nach Voc. Jur. Rom. s. v. dicere II C 5 (2, 214) außer hier nur in: D. 6, 1, 37 (ip. nach Pernice, Labeo 2, 1, 385; Riccobono, Bull. 8, 245 [2]) und D. 49, 15, 15 (ip. nach Solazzi, Krüger Dig.); vergleiche auch etwa nisi forte quis proponat — tunc enim: D. 23, 1, 10; nisi forte quis dixerit — tunc enim: D. 5, 3, 13, 12 (ip. nach Albertario, Filang. 1911, 810); nisi forte quis dixerit: D. 13, 6, 7, 1 (ip. nach Alibrandi, Krüger Dig.) und: fortassis quis dicat: D. 32, 3, 2 (ip. nach Beseler, Beitr. 2, 11; 3, 140).

[3]) Siehe oben.

[4]) Agere kann mitunter „erfolgreiches Klagen" bedeuten (Seckel s. v. actio 5; Wlassak, Paul. Wiss. R. E. 1, 304; Levy, Konkurrenz 1, 59). Voc. Jur. Rom. bringt (1, 105) für actio propter exceptionem inanis, nulla, amissa: D. 4, 3, 6 (davon später), D. 42, 4, 7, 14 (sonderbares talis; idem erit dicendum nach idem dicemus), D. 36, 1, 61 (amissa), D. 44, 7, 42, 1 (darüber sofort), D. 50, 17, 112 (nach Lenel, Paul. 169 in engeren Zusammenhang gehörig). Es scheint sich nur um Einzelfälle zu handeln;

jedenfalls etwas ganz anderes, als Gleichstellen von Nichtgewähren und Nichtdurchdringen einer actio wegen Insolvenz. — Auch der Schlußsatz (expromissori — dabitur) ist kaum klassisch. Versucht man ihn an „cum sit alia actio“ anzuschließen, so müßte man doch wieder den Patron als Kläger ansehen; daß dagegen starke Gründe sprechen, wurde gesagt; auch wäre dann die Erörterung über den reus sonderbar eingeschoben. Dieser reus heißt nun plötzlich zweimal expromissor, nachdem er vorher mit gutem Recht[1]) dreimal reus hieß. Der Patron heißt nun plötzlich dominus, während er vorher so nur bis zur Freilassung, nachher aber patronus hieß, so wie der Sklave zuerst servus, dann manumissus. Mit plane knüpfen die Byzantiner gern an. De dolo steht ohne actio. Dari debebit paßt schlecht zu dabitur. — Der Zwischensatz (nisi forte — accipere) dürfte ein Glossem, der Schlußsatz interpoliert sein, wobei wieder die Subsidiarität im byzantinischen Sinne verstanden wird. Zu betrachten bleibt der Einwurf Ulpians: ego moveor — actio. Er scheint zu dem Glossem zu gehören. Ulpian wird Pomponius kam so gröblich mißverstanden haben. Der Patron hat nur die a. ex stipulatu, weder eine a. de dolo noch eine a. in factum, wie C. 4, 14, 3 will.[2])

---

das ergibt auch die Erläuterung von creditor in D. 44, 7, 42, 1 (der Zusatz sic — submoveantur stört, actionem am Schlusse ist unnötig wiederholt; vgl. auch H. Krüger, Krüger Dig.), D. 50, 16, 10 (sine — remotione klingt sonderbar; remotio kommt nach Voc. Jur. Rom. 5, 81 nur hier und in D. 26, 10, 4, 2, dort aber für die Entfernung des Vormundes von seinem Amte, vor), D. 50, 16, 55. — Es bleiben also Bedenken, und man wundert sich auch, diese Auslegung der „alia actio“ nur gelegentlich eines Einwurfes erwähnt zu finden.

[1]) Siehe oben.

[2]) Die Überlieferung dieser Konstitution ist unsicher; eine Handschrift hat statt petitionem „nullam petitionem“, und der Basilikentext (Heimbach 3, 28) stützt diese Lesung. Theodorus im Scholion οὐ κατέχεται zu C, 4, 14, 1 bezieht sich zwar auf einen anders lautenden Text. Aber Thalelaeus scheint hier den klassischen Text wiederzugeben. Die petitio per actionem ist byzantinisch. Zwar ist die Unterscheidung zwischen petitio und actio auch im klassischen Recht nicht immer juristisch scharf gezogen (Mitteis, Röm. Priv. R. 90). Aber die Verbindung beider Ausdrücke ist unklassisch. Von den Stellen, die Voc. Jur. Rom. 1, 104 gibt, beziehen sich D. 5, 2, 20, D. 5, 3, 25, 18, Dig. 5, 3, 18 pr., D. 6, 1, 27, 3 und D. 37, 10, 3, 13 a. E. auf hereditatis petitio (wobei noch die 1. und 2. Stelle wahrscheinlich interpoliert ist), die ihren technischen Namen auch bei der Verbindung mit actio beibehält. Alle übrigen Stellen sind interpoliert oder schadhaft: D. 5, 1, 38 (hier hinzugefügt): petere per in rem actionem (Lenel, Lic. Rufinus 8; Seckel s. v. petere 4a); D. 6, 1, 1 pr.: actio — petitiones (Lenel, Ulp. 546; Seckel s. v. petere 4b); D. 19, 5, 26: petitio est per actionem (Gradenwitz, Interpol. 143); D. 12, 1, 9, 3: actio ad petitionem sufficit (Naber bei Krüger Dig.); D. 46, 3, 75 (Mommsen ad Dig.). In D. 4, 2, 13 pr. = D. 48, 7, 7 ist die Verbindung locker: si quas putas habere petitiones, actionibus experiaris (im Gegensatz zur Selbsthilfe). C. 4, 14, 3 wird also ursprünglich („nullam petitionem habes“ gelautet haben. Dafür spricht auch, daß nicht einmal gegen den statu liber eine Klage gegeben wird (C. 4, 14, 1); Thalelaeus warnt hier (Schol. ἡ διάταξις Heimbach, 3, 28) vor der Annahme, das etwa der Herr die Stipulation empfangen habe, da dieser gegen den Sklaven nach der Freilassung mit a. de dolo vorgehen könne.

D. 4, 3, 7, 9 geht von der Haftung des Gegners, D. 17, 1, 8, 1 von der des Kognitor aus. Beide enden mit der Entscheidung, daß der Gegner vom dominus litis belangt werden könne, falls der Kognitor insolvent sei; sonst genüge die a. mandati gegen diesen. D. 4, 3, 7, 9 allein macht die a. de dolo abhängig auch von der Weigerung des Gegners, den Prozeß mit der exceptio „si collusum est" neu zu beginnen. Beide Stellen erregen Verdacht. In D. 4, 3, 7, 9 steht die Erwähnung der Insolvenz wieder am Schlusse, angehängt an einen mit „scilicet" beginnenden Bedingungssatz. Ulpian, dem es hier nur auf die a. de dolo ankam, wird das Nichtzustehen der a. mandati gegen den Kognitor kurz erwähnt haben, ohne einen Grund für das Nichtzustehen anzuführen. Das man nicht klagen kann (agi non possit), weil der Beklagte insolvent ist, darf nicht gesagt werden; man kann nur sagen, daß die Klage keinen Erfolg verspricht. Das „esset" paßt auch nicht zu dem „possit". Der Schluß „quia non esset solvendo" wird von den Byzantinern angehängt sein. In D. 17, 1, 8, 1 ist die Rede von der a. mandati; es wird deren demonstratio erörtert; pr. bis § 2 handeln von der Klage gegen den Kognitor; pr.: si cognitorem dedero; § 1: sed et si; § 2: sed et si. Hierin eingesprengt ist die Frage nach der a. de dolo gegen den reus. Wenn bei der a. de dolo wegen der Subsidiarität Anlaß war, die Hauptklage zu berühren (D. 4, 3, 7, 9), so fehlt dieser hier. Und es ist auch nicht schön, diese Nebenfrage nun wieder mit „sed si" einzuleiten. Überflüssig breit und aus dem echten Anfang entnommen ist die Bezeichnung „reum, qui per collusionem absolutus sit". Die Stelle könnte von „sed si — dandam ait" interpoliert sein, ohne daß hier Sicheres zu sagen ist.

D. 4, 3, 9, 3. Nach Labeo kann der Deponent mit a. de dolo vorgehen, weil keine andere Klage zusteht. Nach Pomponius gibt es eine andere Klage. Man erwartet: also keine a. de dolo. Die Antwort aber ist: Doch, aber nur im Falle der Insolvenz des Sequesters. Wieder wird also am Schlusse die Subsidiarität eingeschränkt. Zuletzt wird diese Unterscheidung durch ein „quae distinctio vera esse videtur" bekräftigt.[1] Distinktionen sind stets oströmischen Ursprungs verdächtig.[2] Wo ist Ulpians Entscheidung? Daß die Unterscheidung wahr sei, heißt doch nicht, auch die Lösung selbst habe seinen Beifall. Vielleicht beginnen bei „vel si" die Byzantiner, die Ulpians Entscheidung weggeschnitten haben.

Es bleibt die allgemein redende Stelle D. 4, 3, 6. Sie ist zu kurz, um Anhalt für die Kritik zu bieten. Doch fällt auch in ihr einiges auf. Actio inanis kommt nach Voc. Jur. Rom. (1, 107) nur an dieser

---

[1]) Eine Zensur, die die Kompilatoren ihrer eigenen Interpolation geben; Schulz, Einführ. 99[2].

[2]) Darüber wird an anderm Ort zu handeln sein; vgl. zunächst Peters, Digestenkommentare 22 f. Für einen großen Teil der Distinktionen ist der Beweis byzantinischer Herkunft schon erbracht. Merkwürdig ist, daß es nur ein jur. Werk mit dem Titel „differentiae" gibt, und daß dies gerade von Modestin stammt.

einen Stelle vor. Inopia als Grund für Gewährung einer Klage ist häufig interpoliert.[1]) Bei Justinian heißt die Klage gegen den Insolventen *γυμνός*[2]) oder *ἄπορος*[3]), und diese Eigenschaft veranlaßt ihn zum gesetzgeberischen Eingreifen.[4]) Auch bei der Klagenkonkurrenz stellt Justinian auf die materielle Befriedigung (solutio) statt der Klagerhebung (litiscontestatio) ab, sowie er hier auf die Solvenz statt des Vorhandenseins der Klage sieht. Schließlich, wie steht es mit der praktischen Durchführung? Soll der Prätor in der causae cognitio Beweis erheben, ob der Beklagte der alia actio insolvent ist? Und welcher Zeitpunkt soll hier entscheiden, Klagerhebung oder Entstehung der alia actio? Es müßte genügen, daß der Beklagte der alia actio jemals solvent war, um die a. de dolo zu verweigern; wird sie doch verweigert, wenn überhaupt je eine Klage existiert hat (D. 4, 3, 1, 6). Man sieht, daß der Gedanke kaum durchführbar ist.

Kommt er sonst bei subsidiären Klagen vor? Die Frage tritt sonst gar nicht auf. Bei der postannalen a. quod metus causa nicht, weil diese Klage nicht gegen den Täter, sondern gegen den, der Vorteil aus metus zog, gerichtet ist.[5]) Die Klage gegen den, der Vorteil aus metus zog, kann also hier nicht von der Insolvenz des Täters abhängig gemacht sein. Die actio subsidiaria kommt nicht in Betracht weil sie „ita demum competit, si universis excussis facultatibus tutorum satis ei fieri non potuerit“[6]), also hier die Insolvenz der Tutoren Klagevoraussetzung ist. Ebensowenig die Klage gegen den tutor cessans, weil auch sie nur gegeben wird „excussis facultatibus eius qui gesserit.[7]) Diese Klagen sind subsidiär in einem ganz andern Sinne als die a. de dolo. Sie sind schon von vornherein von der Insolvenz der mit der Hauptklage zu Belangenden abhängig. Wahrscheinlich haben die Byzantiner von hier ihre Weisheit für die a. de dolo geholt. Ihnen fließt jede Art von subsidiärer und Regreßklage zusammen.

Das zeigt zum Schluß deutlich D. 2, 10, 3, 1. Die Klage gegen den, per quem factum erit, quominus vadimonium sistat, ist eine

---

[1]) D. 9, 2, 30, 1: creditori danda est actio propter inopiam debitoris (Levy, Konkurrenz 1, 411 mit Literatur); D. 5, 3, 17: Periculum est ne propter inopiam eius — nihil repeti possit, et ideo subveniendum — est (Gradenwitz, Interpol. 94, Sav.-Z. 26, 361; Lenel, Gaius 143); in D. 17, 1, 8, 8 ist der Teil „quid tamen si paupertas eis non permisit? excusata est eorum inopia(?)“ recht anstößig; für inopia bei Justinian C. 4, 29, 23, 1, c: si ea penitus inopia fatigatur (dann Klage gegen antiquus debitor); vergleiche auch mit inops D. 4, 4, 27, 3 (Seckel s. v. transferre; Beseler, Beitr. 3, 64): si — ad inopem — transtulerit obligationem; und mit egestas D. 16, 3, 31 pr. (Pernice, Labeo 2, 1, 172).

[2]) Nov. 97, 6, 1: *γυμνὴν τὴν ἀγωγὴν τὴν κατὰ τῶν τοῦ ἀπόρου ἀνδρὸς πραγμάτων.*

[3]) Nov. 97, 6 pr.: *αἱ δὲ (ἀγωγαί) ἄποροι καθεστήκασιν.*

[4]) Nov. 97, 6 pr.: *νόμον τὸ πρᾶγμα ἡμῖν ἄξιον ἐνομίσθη.*

[5]) D. 4, 2, 14, 3: Ex alieno facto alium — condemnari; Formel-Kommentar nach Lenel (Festgabe für Sohm 211 gegen Beseler, Beitr. 1, 48, 75).

[6]) Levy, Privatstrafe 41 f., Konkurrenz 1, 304 f.

[7]) Lenel, Edikt § 127.

Regreßklage, die mit echter Subsidiarität nichts zu schaffen hat. Sie richtet sich gegen den, der den Kläger dolos geschädigt hat, indem er den Beklagten am Erscheinen vor Gericht verhinderte. Hier steht nun D. 2, 10, 3, 1. Ich führe Savigny[1]) dazu an: „Wenn aber dieser Dritte zahlungsunfähig war, so sollte der verletzte Kläger gegen den unschuldigen Beklagten selbst eine Restitution erhalten, damit sich dieser nicht mit dem unheilbaren Schaden eines Anderen bereichere." Gegen den unschuldigen Beklagten! Aber diesem darf doch der dolus des Täters nicht schaden: D. 44, 4, 11 pr.: neque dolus alienus nocere alteri debet. Und die ganze Klage hat doch ihren Grund darin, daß eben gegen den Beklagten nicht vorgegangen werden kann. Die Regreßklage ist davon abhängig, daß der Kläger Schaden erlitten hat; neben sie ein subsidiäres Rechtsmittel zu stellen, das davon abhängig ist, daß die Regreßklage nicht zum Erfolge führt, das heißt das Wesen der Regreßklage und der Subsidiarität mißverstehen. Es kommt so viel Formales dazu, daß die Interpolation fast zur Gewißheit wird. Actio restitutoria ist die Klage gegen den ursprünglichen Schuldner nach Interzession einer Frau oder der nach erteilter in integrum restitutio entstandene Rechtsstreit.[2]) Ganz allein steht D. 2, 10, 3, 1, „wo mindestens competere interpoliert ist".[3]) „Plane" ist stets verdächtig, „competere" auch von Krüger (Dig.) verdächtigt; „ipse" ist ganz überflüssig betont; „ne propter dolum alienum reus lucrum faciat et actor damno adficiatur" enthält einen byzantinischen Gedanken[4]); den Byzantinern scheint es ungerecht, daß der Beklagte vom dolus eines anderen profitiert; aber das tut er auch, wenn der Betrüger solvent ist. Die Enge des Klagensystems zeigt den Klassikern noch keinen Ausweg; sonst hätte der Prätor die a. in factum nicht proponiert.

Freiburg. F. Pringsheim.

[Zur Lehre der klassischen Juristen über das Gesetzgebungsrecht des Prinzeps.] Eingehende Untersuchungen von Mommsen (Staatsr. 3 II 905 ff.) und Wlassak (Krit. Stud. z. Theor. der Rechtsqu. 97 ff) haben vorlängst den Beweis erbracht, daß die römischen Kaiser des Prinzipats kein volles Gesetzgebungsrecht, sondern nur die Befugnis zur authentischen Interpretation des bestehenden Rechts und zur Schaffung

---

[1]) System 7, 207.

[2]) Seckel s. v. restitutorius. Die Stellen sind dort vollständig beisammen (vgl. Voc. Jur. Rom. 5, 193).

[3]) Seckel a. a. O.

[4]) Levy, Privatstrafe 112[7]. D. 4, 3, 28: quia non debet lucrari ex alieno damno. D. 23, 3, 16: aequitatem — nec debet — lucrari ex damno. D. 26, 7, 25: qui de praeda magis quam de damno sollicitus est. D. 39, 2, 18, 15: cum praetor id agat, ne damnum faciat actor, non ut in lucro versetur. D. 42, 8, 6, 11: cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. D. 42, 8, 10, 24: iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude; idcirco lucrum ei extorquendum putavit. C. 8. 17, 12, 8 (531): non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur.

eines ius honorarium für das ganze Reich besaßen (Wlassak, a. a. O. 164ff.). Zu dieser Tatsache stehen nach unserer Überlieferung einige Aussprüche klassischer Juristen, die allen kaiserlichen Verfügungen Gesetzeskraft zuschreiben, in einem Widerspruch, „der sich in keiner Weise hinwegdisputieren läßt" (Wlassak, a. a. O. 187). Wir haben daher nur die Wahl, die in jenen Stellen ausgesprochene Theorie der Klassiker für tendenziös bzw. für eine staatsrechtlich verfehlte Wiedergabe des faktischen Zustandes zu halten (so Wlassak, 188ff.) oder die Glaubwürdigkeit der Überlieferung in Zweifel zu ziehen. Den letztgenannten Weg hat Pernice (diese Zeitschr. 6, 298ff.; 20, 160, 4) gewiesen [1]), nachdem schon Mommsen in einer Einzelheit einen tribonianischen Eingriff für wahrscheinlich erklärt hatte (siehe unten). Ich lege in den folgenden Zeilen das Ergebnis der erneuten Prüfung vor, der ich die betreffenden Stellen bei meinen Studien zur Lex Rhodia [2]) unterziehen mußte, um mir über die Natur des in D. 14, 2, 9 enthaltenen Staatsaktes klar zu werden.

A. Auszuscheiden sind Stellen, welche

1. constitutiones principum nur als Quellen des Zivilrechts im allgemeinen bezeichnen, wie Pap. D. 1, 1, 7 pr. Das können sie, ebenso wie die dort neben ihnen genannte auctoritas prudentium sein, ohne daß ihre Urheber Gesetzgeber in unserem Sinne [3]) sein müßten;

2. ihren Inhalt als „lex" (im weiteren Sinne = Rechtsvorschrift oder Zivilrechtsvorschrift, vgl. Heumann-Seckel s. v. lex 1 b, c) angesehen wissen wollen. Vgl. Pap. D. 37, 5, 21 „beneficio legis" verb. m. Tryph. D. eod. 7 „secundum constitutionem divi Pii—placuit". [4])

B. Dagegen gehören hierher diejenigen Stellen, in denen die const. pr. als Rechtsquellen ausdrücklich gleichgesetzt werden mit Gesetzen, wobei meist die Berufung auf die zugrunde liegende lex

---

[1]) Auch er glaubt aber noch in der 5. Aufl. von Holtz.-Kohlers Enzykl. trotz Aufrechterhaltung des Itp-Verdachtes gegen Ulp. D. 1, 4, 1 (S. 137, 1) an eine „im Laufe der Zeit sich befestigende Annahme, daß alle Verfügungen des Kaisers (die mit seinem Tode erlöschenden Mandate ausgenommen) vicem legis, d. h. die Kraft der Volksgesetze haben" (S. 145). Lenel ist ihm in der 6. u. 7. Aufl. im wesentlichen gefolgt (I [7] 348. 356). Im übrigen äußert die herrschende Lehre keine Zweifel über die Echtheit der fraglichen Stellen: Jörs, Art. constitutio bei Pauly-Wissowa, Sp. 1108f.; Kipp, G. d. Q. [4] 67; Girard, Man. [6] 59, 2; Sohm, Inst. [16] 124 — oder vermerkt einfach die älteren Itp.-Vermutungen zu D, 1, 4, 1: Ferrini, Pand. [3] 22, 4; Bonfante, Stor. del dir. rom. [2] 361, 1; Krüger, G. d. Q. [2] 111, 75; s. a. die unten Angeführten.

[2]) Kreller, Lex Rhodia, Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechts. Diese Abhandlung wird demnächst in der Zeitschr. für das gesamte Handels- und Konkursrecht erscheinen.

[3]) Die Alten schieden nicht immer scharf zwischen fortbildender Anwendung oder Auslegung bestehenden Rechts und offener Neuschöpfung durch staatlichen Willensakt. So wird bei Gai. I 7 auch vom Juristenrecht gesagt: legis vicem optinet, und ein Laie des 4. Jahrh. (Eunapius, Vita Chrysanthii ed. Boissonade 1822 I p. 108) nennt das ius respondendi eine *νομοθετικὴ δύναμις*.

[4]) Vgl. Wlassak a. a. O. 112.

de imperio keinen Zweifel darüber läßt, daß die Verfasser gerade an das Volksgesetz im technischen Sinne (H.-S. sub 1a) gedacht haben. Es sind dies:

I. Pomp. D. 1, 2, 2, 11. 12. 1. In § 11 berichtet der Jurist nur, daß dem Prinzeps ein Verordnungsrecht verliehen sei (datum est ei ius, ut quod constituisset, ratum esset)[1]), was jedenfalls dem Sinne nach[2]) mit der Bestimmung der lex de imp. Vesp. (Bruns, Font.[7] Nr. 56), lin. 17ff. harmoniert. Nach dieser Inschrift besaß aber schon Augustus, der bekanntlich die cura legum et morum ausdrücklich abgelehnt hat[3]), das gleiche Recht, wir können daher aus dieser Bemerkung des Pomponius jedenfalls nicht schließen, daß zu seiner Zeit ein Gesetzgebungsrecht des Prinzeps bestanden hätte.

2. Der folgende § ist offenbar eine lehrhafte Zusammenfassung alles dessen, was Pomponius bisher in geschichtlicher Folge über die Quellen des römischen Rechtes berichtet hat, jedes Glied in der Aufzählung entspricht genau einem Abschnitt der voraufgehenden Darstellung, ohne sachlich Neues zu bringen: Ita in civitate nostra aut iure, id est lege constituitur[4]), (vgl. § 4), aut est proprium ius civile, quod *sine scripto*[5]) in sola prudentium interpretatione consistit (vgl. § 5), aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent (vgl. §§ 6. 7), aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum (vgl. § 8), aut est magistratuum edictum, unde ius honorarium nascitur (vgl. § 10), aut senatus consultum, quod solum senatu constituente inducitur sine lege (vgl. § 9), aut est principalis constitutio, id est *ut* quod *ipse* princeps constituit *pro lege servetur* (vgl. § 11). Das letzte Glied steht in einem auffälligen Gegensatz zu den übrigen: während nämlich für das „proprium ius civile", für die legis actiones, das Plebiszit und das Senatuskonsult formell recht gute Definitionen gegeben werden, die sich inhaltlich aus der geschichtlichen Darstellung ergeben[6]), wird unter dem Schein einer Definition („id est") über die const. pr. etwas ausgesagt, was keineswegs aus dem ratum esse des § 11 abzuleiten war, nämlich daß sie pro lege servetur. Beachtet man noch das Anstößige der Definitionsform — ein Hauptwort wird durch einen Nebensatz erläutert —, das sinnlose ipse vor princeps („höchst eigenhändig"?), den Indikativ constituit innerhalb des ut-Satzes und schließlich den

---

[1]) Die historische Begründung hierzu ist textlich verderbt und hilft in der Sache nicht weiter. Übrigens kann man den schwer verständlichen Satz sicut — per partes ohne Schaden für den Sinn streichen. Ist er vielleicht nachklassisches Glossem? Vgl. a. Mommsen, Jur. Schr. II 449f.; Huschke, diese Zeitschr. 9, 335; Beseler, Beiträge 2, 14 Anm.

[2]) Der Wortlaut gemahnt eher an die Bestätigungsklausel, lin. 29ff., vgl. Krüger, G. d. Q.[2] 111, 76.

[3]) Vgl. Krüger l. c. 111, 77.

[4]) Vorschl. zum Text: Huschke, diese Zeitschr. 9, 335; Mitteis, Privatr. I 33, 1; Scialoja, Dig. Mil. ad h. l.

[5]) Itp. nach Perozzi, Ist. I 31, 2.

[6]) Eine nähere Bestimmung der lex fehlt, das edikt. mag. wird im Anschluß an § 10 als Quelle des Amtsrechts charakterisiert.

Umstand, daß die Worte pro lege servetur deutlich an vorher von Pomp. in anderem Zusammenhange gebrauchte Wendungen [1]) anklingen, so wird man zum mindesten zugeben, daß die Klassizität des entscheidenden letzten Halbsatzes höchst zweifelhaft ist. [2]) Das letzte Glied fügt sich dagegen zwanglos dem Ganzen ein, wenn wir die Worte ut, ipse und pro lege servetur als nachklassisch streichen und annehmen, daß Pomp. zwar nicht bloß die Binsenwahrheit: aut est principalis constitutio, id est quod princeps constituit verkündet, aber doch in diese Worte seine Definition der kaiserlichen Verordnung eingeschlossen hat.

3. Das Wesentliche an dieser Definition konnten vermutlich die Kompilatoren nicht mehr brauchen, weil es dem Rechtszustande zu ihrer Zeit nicht mehr entsprach. Es war nämlich wohl eine gewisse Bedingtheit des Verordnungsrechts darin ausgesprochen, deren Natur wir freilich nicht aus dem Digestentext des § 11 (hat Tribonian auch hier etwas verändert?), aber vielleicht aus lex de imp. Vesp. 17 ff. erschließen können. Die Satzungsgewalt des Prinzeps erstreckt sich nach jenem Gesetz auf alles, was ihm „ex usu rei publicae maiestate⟨que⟩" erforderlich scheint. Diese ausdrückliche Bezugnahme auf die „Lebensinteressen" des Staates scheint mir doch eine gewisse Schranke [3]) des Verordnungsrechtes, seine grundsätzliche Charakterisierung als eine Art von Notverordnungsrecht zu bedeuten. Dazu würde stimmen, daß der „Nutzen" des Staates in der Ordnung des Kodizillar- und Fideikommißwesens, an der sich ja die älteren Principes hervorragend beteiligten, noch in unserer Überlieferung eigenartig hervortritt: Ulp. fideicomm. libro IV [4]) D. 1, 4 (de const. princ.!), 2. In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est. — Inst. 2, 25 pr.: Trebatius soll dem Augustus die Anerkennung der Kodizille empfohlen haben, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse.

II. Ulp. libro I inst. D. 1, 4, 1 [5]) pr.: Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege *regia,* quae de imperio eius lata est, populus ei *et in eum omne suum* imperium et potestatem

[1]) § 8: pro legibus placuit et ea (sc. plebi scita) observari; § 9 quidquid (senatus) constituisset observabatur.

[2]) Pernice hat hier keine Itp. behauptet, er erklärt aber die Stelle für reichlich dunkel und ungenau und mißt ihr keine Beweiskraft für die klassische Lehre bei.

[3]) A. A. Wlassak a. a. O. 179.

[4]) Obwohl dieses Buch dem SC. Pegas. gewidmet war (vgl. Lenel, Paling.), braucht man nicht anzunehmen, daß auch diese Stelle gerade von dem Senatsbeschluß und nicht, wie die Digestenrubrik andeutet, von kaiserlichen Konst. handelte.

[5]) Textkritik bei Mommsen, Staatsr.³ II 876, 2; Pernice, diese Zeitschr. 6, 298; Lenel, Paling. II 928, 3. 4; Kniep, Rechtsgel. Gaius 38; Braßloff, diese Zeitschr. 22, 171, 2 u. Wien. Stud. f. kl. Phil. 36 (1914), 353; vgl. auch die oben Genannten. Nach dem Leipziger Zettelindex spricht sich Riccobono, Lez. d' ist. di dir. rom. 1906, 179, 1 (mir nicht zugängl.) für die Echtheit der Stelle mit Ausnahme des Wortes „regia" aus.

conferat. § 1. Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit ⟨vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit⟩[1], *legem esse constat* (omnes tenere puto Ulp.?). ⟨Haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus⟩.[1])

1. Die Aufnahme der Digestenstelle in Justinians Institutionen (1, 2, 6) können wir heute nicht mehr mit Pernice als Itp.-Indiz verwerten. Vielmehr müssen wir — und zwar bei einer aus einem Institutionenwerke stammenden Stelle nach allgemeiner Meinung — annehmen, daß die Institutionenkommission einen eigenen Originaltext benutzt hat.[2] Abweichungen des Wortlautes der Inst. von den Dig. müssen also entweder auf einer Diskrepanz der benutzten Handschriften beruhen, oder eine der beiden Kommissionen muß den Text geändert haben; gemeinsamer Text muß entweder vorjustinianischen (klassischen oder nachklassischen) Ursprungs sein, oder die Institutionenkommission muß von der in der Digestenkommission beschlossenen Itp. unterrichtet gewesen sein. In unserem Falle ist der Institutionentext mehrfach gekürzt (Lehrbuch!) oder so verändert, daß er sich einem Gesetze, in dem Justinian selbst spricht, einfügt (das Bestallungsgesetz wird im praeteritum zitiert, das mißverständliche vulgo—appellamus[3]) durch eine unpersönliche Fassung ersetzt); der Digestentext steht daher wohl dem Original näher.[4]) Die von Pernice als nachklassisch angesehenen Wendungen: lex „regia" (vgl. Mommsen, l. c.), „ei et in eum" und die unrichtige Feststellung, daß das Volk sich zugunsten des Kaisers „aller Herrschaft und Macht" entäußert habe[5]), gehören dem übereinstimmenden Text an. Sie scheinen mir alle nicht von solcher sachlichen Wichtigkeit zu sein, daß wir sie für tribonianische Itpp. halten dürften, die man der Nachbarkommission mitgeteilt hätte.[6]) Vielmehr dürften diese Schönheitsfehler wohl nachklassische Glosseme sein, die sich in beiden — als nahe verwandt zu denkenden — byzantinischen Texten vorfanden.

2. Streicht man diese Zutaten, so besagt das pr., jedes placitum des Kaisers habe Kraft wie ein Gesetz. Das Wort placere deutet auf eine wählende, entscheidende Tätigkeit, es dürfte eher richterliche Entscheidungen, Anwendungen des bestehenden Rechts auf zweifelhafte Einzelfälle, als allgemeine magistratische Verordnungen treffen. Legis vigor wird also hier wohl nur den constitutiones dieser Art, den decreta und rescripta, zugeschrieben. Damit vergleiche man, daß nach Justi-

---

[1]) ⟨. . .⟩ Glossem?

[2]) Const. Tanta § 11 „separatim collectis"; vgl. Ebrard, diese Zeitschr. 38, 327 ff.

[3]) Kotz-Dobrz, Art. institutiones bei Pauly-Wissowa, Sp. 1584 f.

[4]) Ebenso Ferrini, Bull. 13, 125.

[5]) Die sachlich bedenklichen Worte „omne suum" ergeben gleichzeitig die Härte, daß dem Volke — nicht einem Magistrat — imperium zugeschrieben wird; vgl. Leifer, Die Einheit des Gewaltgedankens im röm. Staatsrecht, 8, 1.

[6]) Benutzung identischer Handschriften ist unwahrscheinlich: Ebrard, l. c. 328.

nians Bericht (C. 1, 14, 12, 2) in alter Zeit Zweifel herrschten, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat huiusmodi regiam interpretationem obtinere. Dieser verwendet also, vielleicht in Anlehnung an eine ältere Quelle, bei der Frage nach der Geltung kaiserlicher Gesetzesauslegung dasselbe Bild wie Ulp., indem er Interpretationen verschiedener Kraft vergleicht und die kaiserliche für die stärkste erklärt. Kann nicht Ulp. hier recht gut von einer Kraft „gleich der des Gesetzes" gesprochen haben, ohne damit dem Kaiser „gesetzgebende Gewalt" im allgemeinen zu vindizieren? Der Inhalt des pr. fügt sich m. E. dieser Deutung restlos ein: der durch eine lex zu seiner höchsten Richterstellung berufene Kaiser wendet das Gesetz an kraft gesetzlicher Delegation, innerhalb seines Amtskreises vertritt sein Wille den des Gesetzgebers, wird sein Urteil zur „authentischen Interpretation". So erhält die Begründung einen besseren Sinn, als wenn man, den Inhalt des § 1 in das pr. zurückprojizierend, Ulp. die bei Gai. I 5 klar ausgesprochene — und dort von Wlassak (l. c. 175f.) mit Recht kritisierte — Schlußfolgerung ziehen läßt: weil der Kaiser seine Stellung einer lex verdanke, sei jede von ihm ausgehende Verfügung gesetzesgleich.

3. Das pr. enthält also, richtig verstanden, nichts, was gegen die heute herrschende Theorie von der beschränkten Satzungsgewalt der Principes spräche. Das Charakteristische der den Klassikern zugeschriebenen Lehre von der Gleichheit aller kaiserlichen Verfügungen (der Text zählt neben Prozeßgutachten und -Entscheidungen verschiedener Formen die Edikte auf) mit dem Gesetz ist erst in § 1, und zwar in dem formell nicht anstößigen und auch von Pernice nicht angefochtenen Satze quodcumque — constat ausgesprochen. Läßt sich gegen diesen Satz ein Itp.-Verdacht begründen? Ich möchte auf folgendes hinweisen:

a) Nachrichten aus dem 3.—5. Jahrh. zeigen uns ein starkes Schwanken der Praxis in der Behandlung von kaiserlichen Spezialentscheidungen als Quellen allgemeinen Rechts. Der Biograph des Macrinus berichtet, daß dieser Kaiser die Reskripte seiner Vorgänger außer Anwendung gesetzt habe, da es unrecht sei, leges videri Commodi et Caracallae et hominum imperitorum voluntates (Vita Macr. 13). Konstantin verfügt 315: contra ius rescripta non valeant (C. Th. 1, 2, 2). Läßt sich das mit der Annahme vereinen, Ulp.s Lehrbuch für Anfänger habe die Gleichung enthalten, die unser § 1 ihm zuschreibt? Mag man dem videri des unjuristischen scriptor keinen großen Wert beimessen, gegenüber Konstantins Erlaß, der mit dem ius in Widerspruch stehende Reskripte kannte, wäre jedenfalls der Richter des 4. Jahrh. in keiner beneidenswerten Lage gewesen, wenn er in Ulp.s Werk, also in einem Teil des „ius"[1]) den Satz gefunden hätte: jedes Reskript, Dekret oder Edikt ist Gesetz. Und wenn noch 398 durch eine Beweisvorschrift geboten wird, jeweils die Zugehörigkeit des pro-

[1]) Vgl. C. Th. 11, 36, 25 (398 p.); Krüger, G. d. Q.[2] 295.

duzierten Reskripts zu dem individuellen Fall zu prüfen (C. Th. 1, 2, 11: rescripta his tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur), so kann man daraus deutlich ersehen, wie weit der Verfasser dieses Gesetzes von der Lehre Ulp.s über die Kraft der kaiserlichen Interpretation (s. o. 2) entfernt war, wie sehr also Justinian recht hat, wenn er sagt, die Geltung der kaiserlichen Gesetzesauslegung sei „in veteribus legibus“ (= in der nachklassischen Praxis[1])) zweifelhaft gewesen.[2]) Ist auch eine gewisse rückläufige Bewegung in der Behandlung der Reskripte als Präjudizien bei dem Sinken des allgemeinen wissenschaftlichen Niveaus wohl verständlich[3]), so dürfte sie doch kaum vereinbar sein mit einem klassischen Rechtssatz, wie ihn § 1 enthält. Selbst nach der Reformgesetzgebung von 426 (C. 1, 14, 2. 3) mit ihren formellen Vorschriften für leges generales hatte man noch mit einem ungesunden Präjudizienkultus zu kämpfen (C. 1, 22, 6; 491 p.?).

b) Justinian sah sich genötigt, nach Abschluß des ersten Kodex in einer Konstitution v. 30. Okt. 529 zur Frage der Geltung kaiserlicher Verfügungen Stellung zu nehmen. Er stellt 2 Rechtssätze auf: 1. Kaiserliche Urteilssprüche in Einzelfällen sind Gesetze (hoc esse legem, C. 1, 14, 12 pr.) für alle ähnlichen Fälle. 2. Jede kaiserliche Gesetzesinterpretation ist für gültig und unzweifelhaft zu erachten (ratam et indubitatam haberi, l. c. § 3). In der Begründung zu 1 beruft er sich darauf, daß et veteris iuris conditores constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vicem obtinere *aperte dilucideque definiunt* (§ 1), unmittelbar darauf fährt er, zur Einleitung des Satzes 2 fort: Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, etc. Das ist im Text des Cod. rep. prael. ein überaus harter Übergang von dem Bericht über eine klare Meinung der alten Juristen zur Abweisung von Zweifeln der älteren Gesetzgeber. Vergleicht man damit die Zusammenfassung beider Sätze in § 5: Explosis itaque huiusmodi ridiculosis ambiguitatibus tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur, so drängt sich die Annahme auf, daß die ursprüngliche Fassung der Konstitution durch Satz 1 eine Streitfrage der Klassiker entschied, ebenso wie Satz 2 einem Zweifel der veteres leges ein Ende machte, mit a. W., daß die Behauptung, die Alten hätten sich klar und deutlich für die gesetzesgleiche Geltung der kaiserlichen Dekrete ausgesprochen, eine Neuschöpfung der 2. Kodexkommission sein muß. Wie weit Justinians Selbstinterpolation hier geht, ist fraglich. Der Hinweis auf die Streitfrage muß jedenfalls gestrichen sein. An der positiven Behauptung ist auf alle Fälle die Sicherheit, mit der sie aufgestellt wird (aperte dilucideque definiunt) neuesten Datums, ihr

---

[1]) Kipp, G. d. Q.[4] 66, 1.

[2]) Mit dem kaiserlichen Auslegungsrecht beschäftigt sich auch noch C. 1, 14, 9 (454 p.).

[3]) Vgl. Kipp, l. c. 80; Krüger, l. c. 304 f.; Lenel b. Holtz.-Kohler[7] I 376.

Inhalt stimmt mit älteren Äußerungen überein[1]) und könnte daher auch schon 529 als Inhalt einzelner der widerstreitenden Ansichten mitgeteilt worden sein. Als Grund dieser Textveränderung, die zwischen 529 und 534 an einer das vetus ius betreffenden Stelle erforderlich wurde, können wir uns kaum etwas anderes denken als eine entsprechende Neuerung des Digestenrechtes. Diese Neuerung aber ist offenbar enthalten in der zentralen Gleichung des § 1 unserer Ulpianstelle: Justinian hatte 529 für die kaiserlichen Urteile verordnet „hoc esse legem", er behauptet 534, die alten Juristen bestätigten diesen Satz (wenigstens in der etwas abgeschwächten Form „legis vicem obtinere"), im Anfangs- und Hauptfragment des einschlägigen Digestentitels legt Tribonian dem Ulpian den Satz in den Mund, es stünde fest, daß die (von Justinian soeben aufgestellte!) Gleichung gelte, und zwar auch für andere Arten von kaiserlichen Konstitutionen. Dieser Satz steht im Widerspruch mit dem, was wir vom klassischen Staatsrecht wissen, er macht die nachklassische Entwicklung der Materie fast unverständlich. Das sind die Gründe, die mich veranlassen, an dieser formell unverdächtigen Stelle des Fragments mit einem emblema Triboniani zu rechnen, das natürlich bei seiner großen sachlichen Bedeutung auch zur Kenntnis der Institutionenkommission gebracht werden und von ihr verarbeitet werden mußte.

4. Der echte Text des § 1 ist mit Sicherheit nicht herzustellen. Von den aufgezählten Arten der const. pr. können einige aus Glossemen stammen, doch beachte man, daß die beiden ersten — übrigens durch et besonders nahe verbundenen — sehr gut auf die formalen Hauptarten der Reskripte, epistula und subscriptio[2]) hinweisen. Auch die Erklärung des Wortes constitutiones kann ebensowohl klassisch wie nachklassisch sein. — Das echte Prädikat steckt vielleicht in dem Schlußsatz von Inst. 1, 2, 6, den ich zwar nicht mit Ferrini[3]) für Ulpianisch halte — warum hätte ihn die Digestenkommission nicht auch als Abschluß des Fragments verwenden sollen?[4]) —, der aber doch wohl ein klassisches Vorbild hatte. Ergänzt man den echten Text, wie oben vermutungsweise versucht[5]), so schließt sich der die constitutiones personales behandelnde § 2 an, ohne beim Leser das Bedürfnis nach einem Abschluß im Sinne der Institutionen zu hinterlassen.

III. Gai. I 5: Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit *nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.*[6]) —

---

[1]) Vgl. Gai. I 5 legis vicem optineat; Ulp. D. 1, 4, 1 pr. legis habet vigorem, wozu die in einigen Hss. unserer Stelle enthaltene Lesart legis vim obtinere passen würde.

[2]) Vgl. Wilcken, Hermes 55, 1 ff. [3]) Bull. 13, 125.

[4]) Formell beachte aliae statt ceterae, sachlich das in dieser strittigen Materie verdächtige procul dubio.

[5]) Die subjektive Fassung scheint mir der Sachlage zu entsprechen. Unmittelbare Herübernahme der Institutionenworte verbietet schon der numerus.

[6]) Die Stelle ist in Gai. epit. und i. Fragm. v. Autun nicht überliefert. Isid. ethym. V 13 gibt nur Satz 1 wieder.

1. Der 2. Satz ist in seiner Behauptung kaum richtig; denn es bestanden, wie wir soeben sahen, über diese Frage in klassischer Zeit sehr lebhafte Zweifel.[1]) In der Begründung hat Wlassak (a. a. O. 175) einen schweren logischen Fehler nachgewiesen: Daß nämlich der Kaiser durch ein Gesetz — ebenso wie andere Beamte — sein imperium empfängt, bietet nicht den mindesten Anlaß, seinen Verfügungen Gesetzesgleichheit zuzuschreiben, falls nicht eben die Delegation der Gesetzgebung den Inhalt des Bestallungsgesetzes ausmacht, einen Inhalt, den zum mindesten die betreffende Stelle der lex de imp. Vesp. nicht hat.[2]) Hält man diese sachlichen Bedenken mit den Gründen zusammen, die uns soeben Tribonians Hand erkennen ließen, wo die Digesten unter den Namen von Pomp. und Ulp. ähnliche Axiome aussprechen, so wird man sehr geneigt sein, mit Kniep[3]), obwohl die Stelle formell unverdächtig ist, den 2. Satz für nachgajanisch zu erklären. Gewiß ist Fehr[4]) zuzugeben, daß Zusätze in der Veroneser Handschrift grundsätzlich ganz anders zu beurteilen sind als Itpp. in den Rechtsbüchern Justinians. Aber wenn überhaupt mit der Möglichkeit „vereinzelter nachgajanischer Glosseme" in unserer Überlieferung gerechnet werden muß[5]), so ist man nicht mehr berechtigt, eine inhaltlich so unwahrscheinliche Nachricht, wie sie der fragliche Satz enthält, für ein sicheres Zeugnis aus dem 2. Jahrh. zu erklären und sie etwa zur Stützung der Klassizität von Digestenstellen heranzuziehen.

2. Nur scheinbar ist die Übereinstimmung von Gai. I 5 S. 2 mit III 32 und I 83—85. Man kann nämlich die erstgenannte Stelle, die, nach Just. Inst. ergänzt[6]), die const. pr. unter den Beispielen von iuris constitutiones nennt, die dem Gesetze „ähnlich" sind, auch auf interpretative Erlasse zu zivilrechtlichen Quellen beziehen, aus denen unstreitig Zivilrecht floß, während für die Stellen aus dem status-Recht zu betonen ist, daß der Satz des § 83, es könne iuris gentium regulam vel lex aliqua vel quod legis vicem optinet u. U. verändern, direkt nur mit Beispielen von Senatuskonsult und Gesetz belegt wird. Die Tätigkeit der Kaiser Hadrian und Vespasian wird nur als sekundär erwähnt (§§ 84. 85: restituit iuris gentium regulam). Formell läßt sich

---

[1]) Vgl. Wlassak a. a. O. 176; Pernice (diese Zeitschr. 6, 298 u. b. Holtz.-Kohler [5] 145) denkt an einen Provinzialismus des Gaius; Kübler, Art. Gajus bei Pauly-Wiss. Sp. 501 spricht von einer „fast kindlichen Motivierung"; vgl. a. Jörs, Art. constitutio, ebenda Sp. 1108f.; Kipp, G. d. Q. [4] 66.

[2]) Sonst ist dieser Quelle die Fiktion eines formellen Gesetzes nicht fremd, z. B. beim Recht der Senatsberufung (lin. 7—9) und bei der Bestätigung zeitlich zurückliegender Akte des Prinzeps (lin. 29—31), eine Bestimmung, die ihrem staatsrechtlichen Wesen nach von der Festsetzung der Verordnungsgewalt (lin. 17—21) grundverschieden ist; a. A. Wlassak 180.

[3]) Rechtsgel. Gaius, 38; Gaiusausgabe ad h. l.; vgl. Lenel b. Holtz.-Kohler [7] I 356.

[4]) Diese Zeitschr. 32, 398ff.; 34, 417. [5]) Fehr, 32, 400.

[6]) Diese Ergänzungen stimmen nicht ganz zu den Schriftspuren in V; Kniep, Ausg. h. l. Anm. 8.

daher aus diesen Worten des Gaius der Satz const. pr. legis vicem optinet nicht ableiten.

3. Da die Behauptung des Gaiusbearbeiters, die gesetzesgleiche Geltung der Kaisererlasse sei niemals bezweifelt worden, objektiv falsch ist, kann man aus ihrer Existenz im Cod. Ver. auch nicht folgern, es habe sich bereits vor Justinian das neue Dogma allgemein durchgesetzt und sei daher vermutlich auch schon vor den Kompilatoren in die Texte der Digestenjuristen aufgenommen worden. Justinian erwähnt die alten Zweifel, also kannte er entweder die geschichtliche Behauptung des Pseudo-Gaius nicht, oder er wußte aus anderen Quellen, daß es tatsächlich anders stand. Es scheint sich wirklich um eine tendenziöse Geschichtsfälschung zu handeln, die an der maßgebenden Stelle in Byzanz keinen Erfolg hatte. Erst Justinian hat gegenüber den widerstreitenden Meinungen in Theorie und Praxis den Satz von der Gesetzesgleichheit aller Konstitutionen durch sein Gesetz vom 30. Oktober 529 und die anschließenden Itpp. zur allgemeinen Anerkennung gebracht, ohne jedoch den wahren Gang der Entwicklung so naiv abzuleugnen, wie es der Gaiusbearbeiter getan hat.

C. Reste der wirklichen Ansicht der Klassiker über das kaiserliche Gesetzgebungsrecht haben wir m. E. in folgenden 2 Stellen zu sehen:

1. Fragm. Dosith. § 2.[1]) Nach der auf **Lachmann**[2]) zurückgehenden Restitution des Textes scheint dieser eine Aufzählung von Rechtsquellen zu enthalten, die für unsere Frage nichts ergibt. Einen anderen und interessanteren Sinn gewinnt man, wenn man den griechischen Text der Hermeneumata Leidensia nach der neuesten kritischen Ausgabe[3]) folgendermaßen liest: *῞Οσα ἐν τῇ ἀρχῇ εἴπαμεν*[4]) *⟨περὶ⟩ δικαίου πολιτικοῦ*[5]), *προσαγορεύεται ὥς* (l. *ὡς πρ.*), *ἐκ πλιόνων μερῶν συνέστηκεν. ἀλλὰ διατάξις αὐτοκρατορικαὶ* (l.-*ὰς*) *ὁ μ ο ί ω ς τ ι μ ε τ α ῖ ο ν* (l. *τ ι μ η τ έ ο ν*), *ὅ ἐστιν καὶ τοῦ πρίτορος διάταγμα ὁμοίως ἢ ἀνθυπάτου. ἐκ τούτου γὰρ συνκατέθεντο τὴν ἐνπιρίαν καὶ παρίλημπται ⟨παρὰ⟩ τῶν ἀποκριμάτων καὶ κεφαλεωδῶς ἰώθαμεν ταῦτα λέγιν.* Vergleicht man damit statt der im antiken Übungsbuch beigefügten Übersetzung den primären lateinischen Text des fragm. Par.[6]), so wird man erkennen, daß der Sinn etwa richtig getroffen ist: Iuris civilis, ut quid appositicium appellatur, ex pluribus partibus constat. sed constitutiones imperatorias s i m i l i t e r h o n o r a n d u m quod est et pretoris edictum similiter vel proconsolis. ex eo enim consenserunt peritum et adsumptus ex responsis ista dicere. Der Autor des unseren Texten zugrunde liegenden Juristenfragments[7]) hat sich also jedenfalls viel vorsichtiger ausgedrückt als die unter B be-

---

[1]) **Seckel-Kübler**, Iurispr. anteiust.[6] I 419ff.; **Krüger**, Coll. II 149ff.

[2]) Versuch über Dositheus, Berl. Sitz.-Ber. 1837 = Klein. Schr. z. kl. Phil., 196ff.

[3]) Hermen. Pseudodosith. ed. **Götz**, Corp. Gloss. Lat. III, p. 49, lin. 17—39.

[4]) Diese meist zum Vorhergehenden gezogenen Worte entbehren dort des Anschlusses, weshalb **Lachmann** S. 9 *ἤ* = quam einschiebt.

[5]) Vgl. **Götz**, p. 48, 64—49, 7. [6]) **Götz**, p. 102, 8—24.

[7]) Er gehört jedenfalls der klassischen Zeit an: **Jörs**, Art. Dosith. Fragm. bei **Pauly-Wissowa**, Sp. 1603; **Seckel-Kübler**, l. c. p. 419.

handelten Stellen: Neben das ius civile, dessen Teile er nicht aufzählt, stellt er const. pr. und magistratische Edikte als zwei Rechtsquellen, die beide „in ähnlichem Ansehen" stehen sollen wie das Zivilrecht. Das sei wenigstens die allgemeine Ansicht der Wissenschaft[1]), die man aus den responsa ableiten könne, und so pflege man „summarisch" die Sache wiederzugeben (weshalb er sich in seinen regulae — fr. Dos. § 3 — dabei beruhigen kann).

2. Marcian. D. 28, 7, 14: Condiciones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem optinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut huismodi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur etc. In einer Aufzählung der Gründe für die Streichung von Erbeinsetzungsbedingungen koordiniert also ein Spätklassiker edicta imperatorum mit leges und mit Normen, quae legis vicem optinent, und stellt die durch alle diese Quellen verpönten Bedingungen neben die unsittlichen, lächerlichen und vom Prätor mißbilligten. Es widerstreitet zweifellos diesem Text, nach den überlieferten Worten von Gai. und Ulp. die edicta imperatorum zu den gesetzesgleichen Rechtsquellen zu zählen, dagegen vereinigt sich die Ansicht des Marcian mit unserer Deutung des Ulpianfragmentes: Ulp. hatte den Entscheidungen des Kaisers und damit seiner interpretatio „legis vigor" zugeschrieben, Marcian, der in seinem Zusammenhange natürlich keine vollständige Quellenlehre zu geben brauchte, sprach von den Edikten als von der Hauptart allgemeiner (reichshonorarischer) Verordnungen des Prinzeps, und schied staatsrechtlich korrekt diese Klasse der const. pr. scharf von den gesetzesgleichen Quellen, zu denen er wohl, wie Gai. I 3. 4, nur Plebiszite und Senatuskonsulte oder auch, wie Gai. I 7, das Juristenrecht rechnete. Daß er sie in der durchaus nicht kunstvollen Reihenfolge seines Katalogs an die Spitze stellte, kann sehr wohl Zufall oder höfische Konnivenz sein, und braucht nicht dafür zu sprechen, daß er sie sachlich sogar über die Gesetze stellte.[2])

Ich glaube, die vorgetragenen Bedenken gegen die Echtheit der bisher für klassisch gehaltenen Lehre von der Gesetzeskraft der const. pr. genügen, um die Störung, die sie in unser staatsrechtliches Gesamtbild des Prinzipats brachte, zu beseitigen. Es gibt tatsächlich kein unverdächtiges Zeugnis dafür, daß man in klassischer Zeit dem Kaiser mehr als das Recht authentischer Auslegung der Gesetze in seinen Urteilen und das Recht zum Erlaß von Verordnungen innerhalb des, freilich sehr weiten Bereiches seines imperium zugeschrieben hätte.

Leipzig. H. Kreller.

---

[1]) Im einzelnen herrschte offenbar Streit; vgl. C. 1, 14, 12 gegen Gai. I 5, S. 2.

[2]) A. A. Wlassak, 178, der im übrigen die Beweiskraft der Stelle wegen ihres späten Datums und ihrer unscharfen Ausdrucksweise nicht hoch anschlägt.

[*Προσαγγελία* und *ἐπίσταλμα*.] Bezüglich schon öfter erörterter Fragen in betreff dieser beiden Momente des röm.-ägypt. Grundbuchmechanismus bietet neuerdings PSJ IV 314[1]) (Faijum, a° 195 p.) einige Förderung. Die Urkunde enthält eine an die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* gerichtete Anzeige über eine in Aussicht genommene Grundstücksverpfändung[2]) (lin. 6 f.: *τὴν ὑπάρχουσάν μοι οἰκίαν, ἧς παράθ[εσ]ιν ἐποιη[σ]άμην διὰ τῶν προτέρων βιβλιοφυλάκων, βούλομαι ὑπ[ο]θέσθαι,* folgt Angabe des Gläubigers und des Schuldbetrages), wofür bisher als alleiniges Beispiel Oxy. III 483 = Chrest. II 203 (a° 108 p.) vorlag. Sie unterscheidet sich jedoch vom üblichen Schema der *προσαγγελίαι* darin, daß sie sich auf die bloße Anzeige beschränkt und nicht in die Bitte um Erteilung eines *ἐπίσταλμα* mündet. Hierin hatte sie bisher nur einen Vorläufer: P. Hamb. 14, ebenfalls aus dem Faijum vom Jahre 209/10 p.[3]) Hinsichtlich der letzteren Urkunde hat der Herausgeber P. M. Meyer dies darauf zurückgeführt, daß der Verkäufer hier durch eine im Grundbuch noch nicht gelöschte Hypothek in der Verfügung beschränkt war und infolgedessen ein *ἐπίσταλμα* vorderhand noch nicht erteilt werden konnte. Wodurch erklärt sich das gleiche in unserem Fall?

Die Untersuchungen über die *βιβλ. ἐγκτ.* ergaben, daß die Erteilung eines *ἐπίσταλμα* zwei Voraussetzungen hatte: einerseits daß die Verfügungsmacht über das Objekt im Grundbuch durch keinerlei Belastung beschränkt, andererseits daß der Verfügende auf Grund einer *ἀπογραφή* eingetragen gewesen sei (Lewald, Grundbuchr. 27 f.; Eger, Grundbuchw. 84 f.; Meyer, Hamb. Pap. I p. 56). Die erste Voraussetzung fehlt nun im eben erwähnten P. Hamb. 14. Das Fehlen der zweiten dürfte unserem PSJ 314 zugrunde liegen. Denn im Gegensatz zu allen bisher bekannten *προσαγγελίαι* beruft sich der Gesuchsteller auf kein *ἀπογράφεσθαι* oder *ἔχειν ἐν ἀπογραφῇ*, sondern sagt vom zu verpfändenden Grundstück: *ἧς παράθ[εσ]ιν ἐποιη[σ]άμην*. Nun ist es seit den in diesem Punkt auseinandergehenden Ausführungen Lewalds und Egers umstritten, ob als *παράθεσις* nur eine besondere Art grundbücherlicher Rechtswahrungen oder jedwede, mithin auch die auf Grund einer *ἀπογραφή* erfolgende Eintragung bezeichnet worden ist (Lit. bei Jörs, diese Ztschr. 40, 26 [1]; seither für die Unterscheidung insbes. Meyer, Jur. Pap. 197, 202, 216 f.). Doch wie dem auch sei: in unserem Fall ist das *παράθεσιν ποιεῖσθαι* nicht auf den Amtsakt irgendwelcher Eintragung seitens der Grundbuchbehörde, sondern — wie die

---

[1]) Pubblicazioni della Società Italiana per la ricerca dei Papiri: Papiri Greci e Latini. Vol. IV. 1917.

[2]) In der Ausgabe wird die juristische Natur der Urkunde nicht zutreffend bestimmt.

[3]) Nicht dahin möchte ich BGU III 907 (Z. d. Commodus) reihen (dazu Öff. u. priv. Urk. 89, wo auch Lit.-Ang.), woselbst ein die Aufhebung der Hypothek bezweckendes Geschäft zwischen Gläubigerin und Eigentümer überhaupt nicht in Aussicht steht; vielmehr wird durch die Eingabe unmittelbare Löschung durch das Grundbuchamt bezweckt, vermutlich um den in lin. 10 f. erwähnten Verkauf zu ermöglichen (vgl. Eger, Grundbuchwesen 83 f., 129 [2]).

erste Person „ἐποιησάμην“ zeigt — auf den Parteiakt der Anmeldung zu beziehen. Die Möglichkeit einer derartigen Beziehung ließ sich auch schon durch unser früheres Material belegen: in P. Chic. 2 = Chrest. II 217 sagt der Deklarant lin. 7f. „τ[ὴν] δὲ παράθεσιν ποιοῦμαι“, und diese Anmeldungsurkunde wie ihre Parallelen BGU I 243, Gen. 44, Hamb. 16, Teb. II 318 enden alle mit der ständigen Klausel „μὴ ἔσεσθαι ἐμπόδιον ἐκ τῆσδε τῆς παραθέσεως“.[1]) Nun ergeben aber gerade diese Urkunden mit zweifelloser Deutlichkeit, daß dieser Parteiakt der παράθεσις stets in scharfen Gegensatz zu dem der ἀπογραφή gestellt wurde; stets heißt es in denselben: ὁπόταν γὰρ τὴν ἀπογραφὴν ποιῶμαι κτλ. So kann denn auch in PSJ 314 angesichts des „παράθεσιν ἐποιησάμην“ nicht angenommen werden, daß der Verpfänder eine ἀπογραφή erstattet hatte. Er wird sein Recht bloß mittelst einer provisorischen παράθεσις-Eingabe gemäß BGU 243 etc. angemeldet haben und seine ἀπογραφή stand aus irgendwelchen Gründen noch aus. Da hätte es einen guten Sinn, daß die Bitte um ein ἐπίσταλμα nicht gestellt worden ist, weil dieses bei solcher Sachlage nicht erteilt werden konnte. Damit würde PSJ 314 im Zusammenhang mit Hamb. 14 ein völlig geschlossenes Bild abgeben und wir hätten im Sinne von Meyers Hypothese in diesen Urkunden nicht eine zufällige Anomalie der Redaktion, sondern in der Tat eine ganz bewußt auseinandergehaltene besondere Art von Anmeldungen an das Grundbuchamt zu erblicken.

Hierbei entsteht nun die Frage: worin lag der Zweck derartiger Anmeldungen, wenn sie nicht der Erlangung eines ἐπίσταλμα dienten? Ich möchte denselben vor allem in einer Funktion vermuten, mit welcher Mitteis hinsichtlich der προσαγγελίαι schon vorlängst gerechnet hatte (Arch. f. Pap.-F. 1, 194f., auch Gdz. 98/9; vgl. Eger 86f.), wonach kraft des Publizitätsmomentes, das in ihrer Entgegennahme seitens des Grundbuchamtes lag, eine vormerkungsartige Sicherung des auf Vornahme der angemeldeten Verfügung gerichteten Anspruchs zugunsten des präsumptiven Erwerbers bewirkt wurde, so daß letzterer nunmehr gegen jedwede entgegenstehende Verfügung geschützt war.

Ob die beiden Anmeldungsarten terminologisch unterschieden worden sind, läßt sich schwer bestimmen. Meyer will (Hamb. Pap. 55/6, Jur. Pap. 211) das Wort προσαγγελία auf die Anmeldungen mit ἐπίσταλμα-Bitte beschränken. Doch begegnet dieses Substantivum in bezug auf die βιβλ. ἐγκτ. bisher überhaupt nur ein einziges Mal, in der neu gewonnenen Lesung Wilckens in Preisigkes Ber.-L. zu BGU I 379 lin. 21 (das Verbum προσαγγέλλειν öfter), und seinem Sinne nach wäre es ja auch auf die andere Gattung anwendbar. Andererseits wird ein Repräsentant

[1]) Das „εἰς τὸ τὴν παράθεσιν γενέσθαι“ bezieht sich dabei wiederum auf den herbeizuführenden Amtsakt. Die Wendung „παράθεσιν ποιεῖσθαι“ wird auch auf diesen angewendet (z. B. BGU I 73 lin. 16, IV 1073 lin. 17/8; Preis. S.B. 5676 lin. 10). Dagegen bezieht sich das παρατιθέτωσαν im Ed. d. Mettius Rufus lin. 34 auf den Akt der Partei, dazu in gleichem Sinn wie hier Meyer, Jur. Pap. 202. Zur ähnlichen Doppelbeziehung von ἀπογράφεσθαι vgl. Lewald a. a. O. 47.

dieser letzteren, P. Hamb. 14 in lin. 24/5 als ἐξοικονόμησις bezeichnet. Doch ist es zweifelhaft, ob darin eine technische Bezeichnung dieser Art vorliegt, zumal doch die meisten προσαγγελίαι ebenso wie Hamb. 14 mit „βούλομαι ἐξοικονομῆσαι" formuliert sind und der auf „πώλ(ησις)" aufgelöste Amtsvermerk der προσαγγελία BGU I 184 (zweifelnd Eger 82[6]) vielleicht eine ganz synonyme Bezeichnung darstellt.

Der hier aus PSJ IV 314 abgeleitete Schluß, wonach bei bloßer παράθεσις-Buchung ein ἐπίσταλμα nicht zu erlangen war, wurde stets als das Wahrscheinlichere empfunden. Trotzdem ist in der neueren Literatur mit Hinblick auf P. Hamb. 15—16 (a° 209 p.) und Gen. 44 (a° 259 p.), wo Grundstücke nicht apographierter Eigentümer mittelst notarieller Urkunden verkauft werden, mehrfach die gegenteilige Ansicht vertreten worden (vgl. Mitteis, Gdz. 98[4], 100, 104; Rabel, diese Ztschr. 32, 424; auch meine Öff. u. priv. Urk. 90[4]). In Anbetracht von PSJ 314 möchte ich aber nun doch die Annahme von Lewald 54 und Eger 117/8, bes. 135/6, auch Ruggiero, Bull. 21, 265, 269, wonach die δημόσιοι χρηματισμοί in diesen Fällen ohne ἐπίσταλμα errichtet worden sind, als die besser begründete ansehen (allerdings geschah dies vielleicht nur nach irgendwelcher Glaubhaftmachung des Rechtes des Verfügenden, was auf Hamb. 14 lin. 18f. gestützt werden könnte). Das „διὰ τῆς τῶν ἐγκτήσεων βιβλοθήκης" in Hamb. 15 lin. 6 schließt dies nicht aus, da diese Worte sehr wohl auch auf das Vorangehen einer Anmeldung gemäß PSJ 314 und Hamb. 14 bezogen werden könnten (vgl. auch Eger 136[2]). Freilich steht eine derartige Annahme mit dem Verbot des Mettius Rufus lin. 36f., welches jüngst durch die Vorschrift im Gnomon des Idios Logos § 101 eine direkte Illustration erfahren hat, nicht im Einklang. Doch sei nicht übersehen, daß die in Frage stehenden notariellen Verträge aus den Jahren 209 und 259 p. erheblich jünger sind als diese Vorschriften, und daß die Praxis im Laufe so langer Zeit sich in diesem Detailpunkt leicht geändert und die genannten Verbote außer Kraft gesetzt haben könnte (vgl. dazu auch weitere Vermutungen bei Eger 122[5], 149, 165).[1]) Auch sei hervorgehoben, daß allem Anschein nach das bibliothekarische ἐπίσταλμα — womit stets gerechnet wurde — niemals ein Gültigkeitserfordernis der Grundstücksgeschäfte gewesen ist (Lewald 34; Eger 117f.; Meyer, Jur. Pap. 203 zu lin. 37). Dies ergibt sich auch hinsichtlich der notariellen Urkunden, bezüglich welcher Ruggiero, Bull. 21. 264 Zweifel geäußert hat (dazu Rabel a. a. O. 423f.), daraus, daß dieselben sich nur in ganz vereinzelten Fällen auf das ἐπίσταλμα berufen (s. Eger 83), während sie dies doch regelmäßiger tun würden, wenn

[1]) Wenn neuerdings in P. Rylands II 163 (Hermupolis; a° 139 p.) lin. 14 f. das ἐπίσταλμα als Voraussetzung für die Errichtung eines δημόσιος χρηματισμός erscheint (dazu meine Öff. u. priv. Urk. 268 f.; vgl. auch Rylands 164 lin. 12, deren Ergänzung zweifelhaft ist), so stammt auch dieser Papyrus aus einer früheren Zeit; für die Praxis in Hermupolis in späterer Zeit vgl. Eger 122[5], 149. Bezüglich Oxyrhynchos vgl. schon für das 1. Jahrh. Öff. u. priv. Urk. 244[2].

dasselbe eine Voraussetzung ihrer Wirksamkeit gewesen wäre (vgl. z. B. ihnen gegenüber P. Teb. II 397). Daß die angeführten Vorschriften bloße Ordnungsregeln und nicht materielle Rechtsnormen darstellen, ist bezüglich der nicht zweifelsfrei ergänzten (Eger 117) Ediktsstelle des Mettius Rufus oft vermutet worden und hinsichtlich der bloßen Strafvorschrift im Gnomon § 101 ohne weiteres klar. Somit sind Gen. 44 und Hamb. 15/16 mit den aus Hamb. 16 und PSJ IV 314 abgeleiteten Schlüssen keineswegs unvereinbar, wenn auch Sicherheit in dieser Frage sich nicht erzielen läßt.

Anknüpfend an all dies sei noch die Frage berührt, bezüglich welcher Rechtsgeschäfte jene älteren Vorschriften und die ständige Praxis einer langen Zeit auf die Erlangung eines *ἐπίσταλμα* Gewicht gelegt haben? Dieselbe rückt angesichts des erwähnten § 101 des Gnomon in den Vordergrund: *[ἐάν τινες] χρηματισ[μ]οῦ ὑποθηκῶν ἢ ὠνῶ[ν] συνάλλ[αγμα γράψωντ]αι χωρ[ὶς ἐ]πιστάλματος, κατακρίνονται* S v. Diese Vorschrift stimmt mit unserem sonstigen Material insofern überein, als uns die Einholung und Erteilung eines *ἐπίσταλμα* in zweifelsfreier Weise bisher in der Tat nur für Fälle des Kaufs und der Hypothekenbestellung überliefert ist. Trotzdem ist sie, wie auch andere Sätze des Gnomon (vgl. Lenel - Partsch, Zum sog. Gnomon des J. L. 6, 11, 15, 17, 21, 23f.), wahrscheinlich nicht erschöpfend und ohne juristische Präzision formuliert. Denn vermutlich ist ein *ἐπίσταλμα* nicht nur für den Kauf, sondern auch für Übereignungen auf Grund anderer causae erwünscht gewesen (vgl. Lewald 33; Meyer, Jur. Pap. 197). Dabei sei jedoch ein Vorbehalt hinsichtlich lukrativer Zuwendungen angedeutet. Es fällt nämlich auf, daß Urkunden über die *προσφοραί* von Eltern (namentlich Müttern) an ihre Töchter mehrfach eine ausdrückliche Eintragungsbewilligung aufweisen (P. Rylands II 155 lin. 15f., 21f., wobei ich die Ergänzung von lin. 17 als zweifelhaft bezeichnen möchte; CPR 24 = Chrest. II 288 lin. 33/4; auf die Umschreibung in den *καταλοχισμοί* bezüglich Oxy. II 273 lin. 19f.), während die Kauf- und Hypothekenurkunden eine solche in der Regel nicht enthalten (Ausnahme bloß Oxy. III 506 lin. 49f. und vielleicht Lond. III p. 147 lin. 110, dazu Lewald 61). Es wäre nicht undenkbar, dies damit zu erklären, daß in derartigen Fällen die Zuwendung ohne *προσαγγελία* und *ἐπίσταλμα* vollzogen wurde, während sonst die *προσαγγελία* sogleich auch als Eintragungsbewilligung des Verfügenden angesehen worden ist.[1]) In noch weit höherem Maße gilt das hier Gesagte hinsichtlich der elterlichen Teilungen von Todes wegen, und auch die Belege für das Erfordernis eines *ἐπίσταλμα* im Falle einer Grundstücksteilung unter Gemeinschaftern sind überaus zweifelhafter Natur (dazu Lewald 33; Eger 115; Mitteis, Gdz. 97 [6-7]). — Vor allem aber erscheint es ange-

[1]) Auf Grund einer völlig gleichartigen Erwägung wollte Eger 122 [3] die *εὐδόκησις* des Verfügenden in den *ἀπογραφαί* aus Hermupolis aus dem III. Jahrh. darauf zurückführen, daß die Grundstücksgeschäfte daselbst in dieser Zeit ohne *προσαγγελία* errichtet worden sind; vgl. vorangehende Anm.

sichts des Wortlautes der Gnomonvorschrift als eine erwägenswerte Frage, ob ein *ἐπίσταλμα* nicht in der Tat bloß hinsichtlich der hypothekarischen, nicht auch der hypallagmatischen Verpfändung erfordert war. Denn die letztere ist ursprünglich bloße Bindung durch Verfügungsverbot, keine dingliche Verfügung gewesen. Auch war dabei, nachdem es im Laufe der Exekution zu einer *παράδειξις* kam, Sicherheit in betreff des Rechtes des Verpfänders nicht von gleicher Bedeutung wie bei der Bestellung einer Hypothek, die zu einem unmittelbaren Zuschlagsakt führte. Diese hiermit erwogene Möglichkeit würde gut zu den früheren Vermutungen passen, wonach die Bestellung eines Hypallagma auch nicht verkehrssteuerpflichtig gewesen und im Grundbuch mittelst bloßer *παράθεσις* gewährt worden ist (zum letztgenannten Punkt Meyer, Jur. Pap. 198, 202, 210, 216 f.).[1]) Durch eine derartige Vermutung erklärt sich auch die Vorbehaltsklausel in dem eine hypallagmaartige Sicherung betreffenden P. Teb. II 318 in befriedigender Weise (vgl. auch schon Eger 138). Auch fällt es auf, daß die notariellen Hypothekenverträge aus Hermupolis (Flor. 1, Straßb. 52) auf das *ἐπίσταλμα* der *βιβλιοφύλακες* hinweisen, während dies in den dortigen Notariatsurkunden mit hypallagmaähnlicher Sicherung (Lond. III p. 104 f., 136 f., allerdings aus viel früherer Zeit) nicht der Fall ist (die Diagraphe Flor. 28 kommt dabei weniger in Betracht, da wir für diese Urkundenart Epistalmata bisher direkt überhaupt nicht nachweisen können). Wenn wir demgegenüber des öfteren von *διὰ τῆς τῶν ἐγκτήσεων βιβλιοθήκης* bestellten Hypallagmata hören (BGU IV 1038 lin. 24, Teb. II 389 lin. 17 f., P. Berol. 11664 =

[1]) Eine nicht mittelst *ἀπογραφή* beim Grundbuchamt angemeldete Sicherung einer Forderung liegt wohl auch in der in P. Rylands II 174 lin. 21 f. (a° 112 p.) aufgehobenen *κατοχὴ τοῦ ὀνόματος* vor, deren juristische Natur nicht völlig klar ist (vgl. Mitteis, diese Ztschr. 37, 324; dazu neuerdings Oxy. XIV 1634 lin. 11). Jedenfalls deutet das über die Schuldnerin in lin. 22 f. Gesagte „ἣν πεποίηται ἑκ[ο]ύσιον κατ[ο]χήν“ auch hier auf vertragsmäßige Verhaftung des Grundbuchfoliums, und das der Schuldnerin ausgefolgte *ὑπόμνημα* (nicht *ἀπογραφή*) dürfte die Eingabe sein, mittelst welcher die Gläubigerin ihre diesbezügliche Rechtsstellung der *βιβλιοθήκη* angemeldet und die sie mit einem Bescheid dieser letzteren zurückerhalten hat (nach Art der *ὑπογραφαί* unter den *ἀπογραφή*-Urkunden). Diese als *ἑκούσιος* bezeichnete *κατοχή* ist ihrer Natur nach sicher auch von derjenigen Arrestierung auseinanderzuhalten, die ohne vertragsmäßige Einräumung seitens eines Gläubigers im *ὑπόμνημα*-Entwurf Lond. III p. 111 III hinsichtlich des *λῆμμα* des Schuldners (ebenfalls im Sinne von *ὄνομα* gemäß Jörs, diese Ztschr. 34, 111[2]) beantragt wird. In dieser letztgenannten, oft erörterten Urkunde ist jetzt zu beachten, daß der Gläubiger sich in seiner Eingabe auf den *ἱερὸς γνώμων* der Kaiser Severus und Antonin beruft (die Herausgeber dachten dabei an „judgement“, vgl. auch Mitteis, diese Ztschr. 28, 381, Chrest. Einl. zu Nr. 199). Dabei mit Hinblick auf etwaige spätere kaiserliche Zusätze an den nun vorliegenden Gnomon des Idios Logos (angesichts des „*αὐτοκρατόρων*“ in lin. 3 desselben) zu denken, ist wenig wahrscheinlich, wenngleich derselbe nicht nur — wie im Ed. d. Tib. Iul. Alex. lin. 44 — als *γνώμων τοῦ ἰδίου λόγου*, sondern mitunter auch bloß als *γνώμων* zitiert wird (vgl. Grenfell und Hunt, Anm. zu P. Oxy. IX 1188 lin. 4; vielleicht auch P. Lond. II p. 39/40 passim).

Meyer, Jur. Pap. Nr. 48 lin. 42f.), so wird dies auf die nachträgliche Eintragung zu beziehen sein (vgl. BGU IV 1072, Lips. 8, 9; auch Straßb. 56 lin. 8f.), welche mit Hinblick auf die an sich vielleicht mangelnde Dinglichkeit hervorzuheben von besonderer Bedeutung sein mochte. Angesichts dieser Erwägungen wird es jedenfalls vorsichtiger sein, in Oxy. III 483 in Chrest. II 203 nicht *βούλομαι ὑπαλλάσσειν*, sondern — wie in PSJ 314 — *ὑποθέσθαι* zu ergänzen. Doch sei mit alledem nur auf eine Möglichkeit hingewiesen, die in Hinkunft weiter im Auge zu behalten sein wird. Zu einer negativen Feststellung in der hier erwogenen Frage reicht unser Material nicht aus. Insbesondere müssen wir auch damit rechnen, daß eine vorderhand nach wie vor im unklaren liegende Entwicklung von einem ursprünglich nicht dinglich wirkenden Hypallagma (vgl. jetzt Meyer, Jur. Pap. S. 201 zu lin. 32f., 226) allmählich zu einer Verdinglichung desselben geführt und damit auch in der hier erörterten technischen Beziehung Veränderungen veranlaßt haben mag.

Leipzig. A. B. Schwarz.

[Neue babylonisch-assyrische Rechtsdenkmäler.] Der Boden Babyloniens und Assyriens ist an juristischen Texten wahrhaft unerschöpflich. Der Krieg hat zwar die Ausgrabungen selbst unterbrochen[1]), es jedoch nicht zu verhindern vermocht, daß Museen und gelehrte Gesellschaften ihre gesammelten Schätze an babylonisch-assyrischen Kulturdenkmälern weiterhin veröffentlichten. Unter den deutschen Publikationen sei der Rechtshistoriker aufmerksam gemacht auf die von Figulla herausgegebenen altbabylonischen Verträge, vornehmlich aus Larsa (Vorderasiat. Schriftdenkmäler der Kgl. Museen zu Berlin XIII, 1914), auf die Kontrakte der Seleukidenzeit aus Warka (Uruk), die Schroeder im XV. Heft derselben Sammlung 1916 veröffentlicht hat. Sie gehören zu Funden, die bei Grabungen der Eingeborenen in der letzten Zeit vor dem Kriege gemacht wurden und die im Wege des Handels in verschiedene europäische und amerikanische Museen, zum Teil auch in Privatbesitz gelangt sind. Inhaltlich ziemlich einförmig — es sind überwiegend Kaufverträge —, sind sie deshalb interessant, weil sie der letzten Zeit des babylonischen Schrifttums angehören.[2]) Sie zeigen zugleich, daß die griechische Eroberung, von Äußerlichkeiten in der Datierung abgesehen, den nationalen Urkundenstil so gut wie nicht beeinflußt hat, ein Ergebnis, das kaum überraschen wird, wenn man das zähe Beharrungsvermögen der Urkundsklauseln in

[1]) Sie sind indessen seit Beendigung der Feindseligkeiten wieder aufgenommen worden. So haben die Engländer umfangreiche Ausgrabungen an den Stätten des alten Ur und Eridu begonnen. Vgl. Orient. Lit. Ztg. 23, 78; 175.

[2]) Sie stehen sachlich in engstem Zusammenhang mit den von Clay veröffentlichten Legal documents from Erech (Babylonian Records in the library of J. Pierpont Morgan II, 1913).

Rechnung stellt.[1]) Die Sache liegt nicht anders als zwei Jahrhunderte früher bei der persischen Eroberung des Landes.

Für die Geschichte des antiken Völkerrechts von größter Wichtigkeit sind die keilschriftlichen Staatsverträge in akkadischer (semitischer) Sprache, die in Boghaz-köi, der Stätte der Hauptstadt des Chetiterreiches, bei Grabungen der Deutschen Orientgesellschaft ans Licht gekommen und von ihr veröffentlicht worden sind.[2]) Um ihre Aufhellung und Deutung hat sich besonders Meißner verdient gemacht.[3]) Eben dieser Gesellschaft danken wir die jüngst erfolgte Publikation der „altassyrischen Gesetze" [4]), auf die ich weiter unten zu sprechen komme.

Sehr rührig, sowohl während des Krieges wie seither, haben die Amerikaner publiziert. Die reichen Schätze an Keilschrifttafeln, die sich im Besitze teils ihrer Museen, teils von Privaten befinden, gaben hierzu genügend Material.[5]) Leider sind diese Publikationen infolge der Zerrüttung der deutschen Valuta deutschen Gelehrten so gut wie unzugänglich. Einzelne finden indessen doch ihren Weg über den Ozean, und es ist für den Rechtshistoriker erfreulich, daß darunter sich ein Werk befindet, das einen für die Geschichte des altbabylonischen Rechts höchst wichtigen Text enthält. Ungnad hat ihn (oben S. 186—194) in dankenswerter Weise transskribiert und übersetzt und so allgemein benutzbar gemacht.[6]) Ich möchte dazu einige juristische Anmerkungen beisteuern, die in erster Linie den Zweck verfolgen, die rechtsgeschichtliche Bedeutung des Textes zu erfassen.

---

[1]) Es ist interessant, zu diesen Texten die nur um ein geringes jüngeren griechischen Pergamenturkunden aus Kurdistan zu vergleichen, die Minns im Journal of Hellenic Studies 25, 22f. (1915) veröffentlicht hat. Sie sind hellenistisch, nicht bloß in der Sprache.

[2]) Keilschrifttexte aus Boghaz-köi I, Autographien von Figulla und Weidner (30. wissenschaftl. Veröffentlichung der Deutschen Orientgesellschaft, 1916).

[3]) Der Staatsvertrag Ramses' II. von Ägypten und Ḫattušils von Ḫatti in akkadischer Fassung (Sitzungsber. Berlin 1917 S. 282f.); Zur Geschichte des Chattireiches (95. Jahresbericht d. schlesischen Gesellschaft für vaterländische Cultur); Die Beziehungen Ägyptens zum Ḫattireiche (Ztschr. d. deutsch. morgenländ. Ges. 72 [1918] 32f.). Vgl. ferner Golla, Der Vertrag des Ḫattikönigs Muršil mit dem König Šunaššura von Ḳiṣwadna (Diss. Breslau 1920).

[4]) Keilschrifttexte aus Assur verschiedenen Inhalts, Autographien von O. Schroeder (35. Wissenschaftl. Veröffentl. d. Deutschen Orientges. 1920). Im folgenden KAVI zitiert.

[5]) Eine Bibliographie dieser Publikationen, von 1915—1919, bei J. A. Maynard, Journal of the Society of Oriental Research II 28f., IV 16f.

[6]) Vor Abschluß des Manuskripts wird mir noch Langdon, The Sumerian Law Code compared with the Code of Hammurabi (Journal of the Royal Asiatic Society Oct. 1920 S. 489f.) bekannt, enthaltend Umschrift und Übersetzung sämtlicher bisher bekannt gewordenen sumerischen Gesetze, auch der schon früher von Clay, Y(ale) O(riental) S(eries) I Nr. 28 publizierten. Die letzteren sind teilweise übersetzt auch bei Meißner, Babylonien u. Assyrien I (1920) 149f. Dem Artikel entnehme ich, daß die neuen Fragmente auch von Scheil, Rev. d'Assyriol. 17, 35f. bearbeitet wurden (mir unzugänglich).

I. Es handelt sich um Gesetzesfragmente in sumerischer Sprache, die älter sind als der K(odex) Ḫ(ammurapi). Der Rechtshistoriker wird angesichts dieser neuen Quellen die Frage stellen, ob und wie weit sie das jüngere Gesetz Ḫammurapis beeinflußt haben. Daß der K. Ḫ. keine völlig originale Schöpfung ist, sondern sich auf irgendwelchen Vorlagen aufbaut, ist heute wohl nicht mehr bestritten.[1]) Zweifeln könnte man nur, ob diese Vorlagen akkadisch oder sumerisch waren. Den wesentlich semitischen Charakter des Rechtes Ḫammurapis hat Schorr[2]) verteidigt. Indessen angesichts des anerkannten Einflusses des Sumerismus auf den verschiedensten Gebieten der semitischen Kultur war es von vornherein wenig wahrscheinlich, daß das Recht in diesem Punkte eine Ausnahme gemacht haben sollte.[3]) Angesichts der neuen Texte kann man nicht mehr bestreiten, daß der K. Ḫ. auch auf sumerischen Vorlagen fußte.[4]) Freilich stellen sie zugleich eine Reihe derzeit unlösbarer Fragen. Zweifelhaft bleibt vor allem, ob die erhaltenen Abschriften die Gesetze in ihrer originalen Anordnung wiedergeben oder etwa nur einzelne Bestimmungen aus ihnen, zweifelhaft ferner der Charakter der Gesetze. Waren es sumerische Stadtrechte oder hatten sie ein größeres Geltungsgebiet wie der K. Ḫ., der m. E. Reichsrecht schaffen wollte?[5]) Zweifelhaft endlich ist die Lokalisierung und Datierung der Gesetze.[6]) Indessen in einigen Punkten kommt man mit ihrer Hilfe doch weiter.

Die neuen Fragmente (B C D nach der Bezeichnung Ungnads) gehören zu ein und demselben Gesetzbuch, anscheinend größeren Umfangs. Denn die Tafel B C bricht mitten in einem Paragraphen ab, so daß zwischen ihr und Tafel D noch andere Tafeln zur Abschrift gehört haben müssen.[7]) Stellt man nun die Entsprechungen im K. Ḫ.[8]) und im sumerischen Gesetzbuch zusammen, so ergibt sich folgendes Bild:

[1]) Wie der Gesetzgeber im einzelnen vorgegangen ist, habe ich in meinen Rechtsvergleichenden Studien zur Gesetzgebung Ḫammurapis (1917) darzulegen versucht. Zu vielfach ähnlichen Ergebnissen gelangt auch Jastrow, Older and later elements in the Code of Hammurapi (Journal of the Amer. Oriental Society 36 [1916] 1 f.).

[2]) Revue Sémitique 20, 378 f.

[3]) Ich selbst habe (Ḫammurapistudien 153 f.) aus dem Inhalt einzelner Bestimmungen des K. Ḫ. ihre sumerische Herkunft zu erschließen versucht.

[4]) Daneben sind wohl auch semitische Gesetze in den K. Ḫ. aufgenommen worden. Denn es ist m. E. ausgeschlossen, daß der Semit Ḫammurapi nur sumerisches Recht rezipiert haben sollte, zumal dort, wo es mit dem Rechte der semitischen Einwanderer sich im Gegensatz befand. Die Existenz geschriebenen Rechts ist mit dem Kulturzustande nicht bloß der früheren, sondern auch der mit der ersten babylonischen Dynastie einwandernden semitischen Bevölkerungsschichten vereinbarlich.

[5]) Vgl. meine Ḫammurapistudien 180 f.

[6]) YOS I 28 ist angeblich aus Warka (Uruk). Vgl. Clay, YOS I S. 18. Über die Herkunft des neuen Fragments läßt sich nichts ermitteln. Übrigens würde auch die festgestellte Provenienz der Tafeln noch keine sichere Lokalisierung des Gesetzes selbst ermöglichen.

[7]) Vgl. auch Langdon, a. a. O. 492.

[8]) Die Paragraphenzählung und Zitate aus dem K. Ḫ. nach der Ausgabe Ungnads bei Kohler-Ungnad, Hammurabi's Gesetz II.

K. Ḫ. § 61	—	B C § 1	K. Ḫ. § 167	—	D § 13
§ 59	—	§ 3	§ 170, 171	—	§ 14
§ 73—76	—	§ 4 [1])			

Nun darf man freilich nicht übersehen, daß zwischen den Entsprechungen die Gesetzbücher erheblich voneinander abweichen. Das gilt insbesondere für BC §§ 5—12, für die sich im K. Ḫ. keine Analogien finden. Allerdings sind §§ 73—76 K. Ḫ., für die das sumerische Gesetz die letzte Analogie bietet, auf der Stele selbst nicht erhalten, sondern fallen in die große nach § 66/67 einsetzende Lücke und sind hier nur aus anderen Kopien des Gesetzes restituiert. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß der K. Ḫ. in der Lücke gerade diejenigen Materien regelte, die auch in BC §§ 5—12 behandelt sind. Denn sie wird durch die seit Auffindung der Stele bekannt gewordenen Fragmente des K. Ḫ. bei weitem nicht ausgefüllt.

Man kann sich also des Eindrucks nicht erwehren, daß auch die Reihenfolge der Materien in beiden Gesetzen im großen und ganzen dieselbe ist. Dieser Eindruck wird noch verstärkt, wenn man das von Clay publizierte Fragment (A nach der Bezeichnung Ungnads) heranzieht. Es entsprechen hier K. Ḫ. § 209, 210 A § 1, 2, K. Ḫ. § 266, 263 A § 8, 9.[2]) Man wäre versucht, A ebenfalls dem sumerischen Gesetzbuch zuzuweisen und zwar hinter Tafel D anzureihen.[3]) Nun gehört zwar A kaum derselben Redaktion wie B—D an. Das ergeben, abgesehen von Verschiedenheiten in der Verteilung der Schriftkolumnen, auch gewisse Stileigentümlichkeiten von A. Während nämlich die Bestimmungen von B—D, genau entsprechend dem *šumma awîlum* des K. Ḫ., regelmäßig mit *tukum-bi lù* „gesetzt, ein Mann (hat das und das getan)“ anheben, fehlt das einleitende *lù* in A und muß erst aus dem Zusammenhange ergänzt werden. Es heißt z. B. in A § 2: *tukum-bi dumu-sal galu ba-an-sìg* „gesetzt, (jemand) hat die Tochter eines Mannes geschlagen“, in A § 6: *tukum-bi dumu-sal galu e-sír-ra* „gesetzt, (jemand) hat die Tochter eines Mannes entführt (?)“. Indessen wäre dies kein entscheidender Grund, nicht auch A dem sumerischen Gesetzeskodex zuzuweisen. Abgesehen von anderen Erklärungsmöglichkeiten wäre es z. B. denkbar, daß das Gesetzbuch, entstanden in einem sumerischen Stadtstaate, dem die Redaktion der Tafeln B — D angehörte, in einer anderen Stadt, der die Redaktion A zuzuweisen wäre,

---

[1]) Vgl. Ungnad, oben S. 189[8].

[2]) In den dazwischen liegenden Bestimmungen differieren allerdings beide Gesetze erheblich. A § 3 (im einzelnen noch sehr unklar) handelt von dem Untergange eines Schiffes. Ähnliche Tatbestände sind in § 235 f. K. Ḫ. geregelt, ohne daß sich eine Entsprechung nachweisen ließe. Hingegen fehlt es für A § 4, 5 (Auflösung eines Adoptionsverhältnisses?), § 6, 7 (Entführung?, anders Langdon 513 f.) an jeder Analogie zum K. Ḫ. Wohl aber stehen § 4, 5 den in der Serie *ana ittišu* überlieferten sumerischen Familiengesetzen sehr nahe.

[3]) Das meint wohl auch Langdon, da er in seiner Übersetzung mit durchlaufender Paragraphenzählung für alle Fragmente A an den Schluß stellt.

mit gewissen Modifikationen rezipiert worden sei. Doch wie dem immer sei, alles in allem gewinnt man bei aller Vorsicht, die man angesichts der Lückenhaftigkeit des Materials wird beobachten müssen, doch den Eindruck von der Existenz eines umfangreicheren sumerischen Gesetzbuchs, dem der K. Ḫ. nicht bloß einzelne Bestimmungen entlehnte, sondern dem er auch in der Systematik gefolgt zu sein scheint.

Was die Einzelheiten betrifft, so bieten einsprachige sumerische Texte der Übersetzung noch beträchtliche Schwierigkeiten und vieles ist daher noch recht unsicher. Der Sprachunkundige, der die verschiedenen Übersetzungen vergleicht, möchte an der Möglichkeit einer Übersetzung irre werden, wenn er sieht, wie verschieden derselbe Text übersetzt wird. Zu einem solchen Pessimismus ist indessen kein Anlaß. Wir stehen in der Erklärung sumerischer juristischer Texte erst am Anfange, die sumerische Rechtssprache ist noch wenig erforscht. Unter solchen Umständen kann man natürlich nicht gleich überall gesicherte Resultate verlangen.

Ich hebe im folgenden nur einzelne Paragraphe heraus, zu deren Verständnis ich als Jurist einiges beitragen zu können hoffe.

a) BC § 1—3 handeln von Palmengärten. Dieselbe Materie ist in § 59f. K. Ḫ. geregelt. Hiervon ist § 59 K. Ḫ. eine wörtliche Übersetzung von BC § 3 ins Akkadische, während § 61 K. Ḫ. sich wenigstens inhaltlich sehr nahe mit BC § 1 berührt. § 60, 61 K. Ḫ. behandeln nun den Fall, daß der Eigentümer sein Feld einem Gärtner zur Anpflanzung eines Palmengartens übergibt. Die Entlohnung des Gärtners besteht darin, daß er nach Ablauf von vier Jahren, die zur Anpflanzung gebraucht werden, den Garten mit dem Eigentümer zu gleichen Teilen teilt (§ 60 K. Ḫ.). Hat er aber seine Verpflichtung nicht erfüllt und nicht das ganze Feld bepflanzt, so wird das unbepflanzte Stück *(nidîtum)* bei der Teilung ihm auf seinen Anteil zugewiesen (§ 61).[1] Den letzteren Tatbestand hat auch B § 1 und es ist deshalb, sowie angesichts der Analogie im sprachlichen Ausdruck nicht zu gewagt, anzunehmen, daß auch die § 60 K. Ḫ. entsprechende Teilung zu gleichen Teilen zwischen Eigentümer und Gärtner in einem vorausgegangenen, aber nicht mehr erhaltenen Paragraphen des sumerischen Gesetzes angeordnet war.[2] Um so auffallender ist es, daß die Rechtsfolge in B § 1 eine andere zu sein scheint als in § 60 K. Ḫ. Nach Ungnads Übersetzung soll der Gärtner „von seinem Anteile *(šà ḫa-la-ba-na-ka)* (Ersatz für) das unbebaute Stück, das er übrig gelassen, jenem (dem Eigentümer) geben". Das könnte heißen: er soll von dem auf seinen Anteil entfallenden Gartenland soviel abgeben, als er unbepflanztes Land übrig gelassen hat.[3] Indessen steht das nicht

[1]) § 60 Z. 31f.: *ni-di-tam a-na li-ib-bi zitti-šú i-šá-ka-nu-šum.* Juristisch liegt eine Gesellschaft vor, zu deren Kapital der eine das Grundstück, der andere seine Arbeit einbringt.

[2]) Darauf weist auch der in B § 1 erwähnte Anteil *(ḫa-la)* des Gärtners hin.

[3]) Was aber dann, wenn der Gärtner die Hälfte des Feldes nicht bepflanzt hat?

im Texte, sondern nur: „er soll das unbebaute Stück *(kislaḫ)*, das er übrig gelassen *(ba-ra-al-tàk)*, ihm geben“ *(in-na-ap-si-mu)*. Das gibt wiederum keinen Sinn. Die Schwierigkeit würde jedoch verschwinden und zugleich die volle Übereinstimmung mit § 61 K. Ḫ. hergestellt werden, wenn man *in-na-ap-si-mu* passivisch fassen[1]) und demnach übersetzen dürfte § 1 Z. 8f.: „es soll betreffs desjenigen, der den Garten angepflanzt hat, auf *(šà-ka)* seinen Anteil *(ḫa-la-ba-na)* das unbebaute Stück, das er übrig gelassen, ihm gegeben werden“.[2])

b) Interessante Streiflichter auf die ökonomischen Verhältnisse wirft BC § 11. Die Grundsätze, nach denen hier die domus deserta behandelt wird[3]), sind dieselben, die über zweieinhalb Jahrtausende später die römischen Kaiser anwendeten, um die infolge drückender öffentlicher Lasten von den Eigentümern verlassenen Grundstücke (agri deserti) wieder der Bebauung und damit zugleich der Besteuerung zuzuführen. Vgl. C. J. 11, 59, 8 (Valentinian, Theodosius und Arcadius ca. 393 p. Chr.).

c) Die eherechtlichen Bestimmungen der § 13, 14, 16 D sind in der Übersetzung gesichert und inhaltlich klar. Die Vergleichung von D § 13, 14 mit § 167, 170, 171 K. Ḫ. liegt auf der Hand. *Dam-egir-ra* in D § 13 Z. 2 ist demnach wohl die (zeitlich) zweite Gattin[4]), um die es sich auch in § 167 K. Ḫ. handelt, im Gegensatz zur ersten Frau *(dam-nitalam)*[5]), und nicht etwa eine Nebenfrau. Es wäre auch angesichts der Behandlung der Konkubinenkinder in D § 14, 16 schwer begreiflich, daß D § 13 die Kinder der Neben- und Hauptfrau gleiches Erbrecht gegen den Vater hätten, so gut dies bei den Kindern der ersten und zweiten Frau verständlich ist.[6])

Etwas weiter wird man vielleicht bei D § 15 kommen können. Wie der vorhergehende Paragraph handelt er von der unfreien Kon-

---

[1]) Nach Delitzsch, Sum. Gram. § 115 hat das Sumerische keine besonderen Formen für das Passivum, so daß dieselben Verbalformen aktivisch wie passivisch übersetzt werden können.

[2]) So auch Langdon 498: to the gardener who did the planting in his share of it the vacant land which was neglected shall be assigned.

[3]) *lù kur-e* in Z. 11 wohl nicht „Fremder“, sondern farbloser „ein anderer“. So Langdon 503, der treffend auf § 30 K. Ḫ. verweist. Ḫammurapi regelt dort in derselben Weise die Okkupation eines zufolge der Lehenslasten aufgegebenen Lehensguts. Sogar die 3jährige Frist kehrt wieder. Gleichwohl hat BC § 11 kaum die Vorlage für § 30 K. Ḫ. abgegeben. Denn das sumerische Gesetz ist genereller.

[4]) Vgl. auch § 15 Z. 29: *[egi]r dam-a-na-ta* „nach (dem Tode) seiner Frau“.

[5]) Akaddisch: *ḫîrtum*. Das Wort bezeichnet im K. Ḫ. die Ehefrau überhaupt, besonders aber im Gegensatz zur unfreien Konkubine (§ 170, 171 K. Ḫ.). Hingegen wird die männliche Form *ḫâwirum* gebraucht, um den ersten im Gegensatz zum zweiten Mann zu bezeichnen. Vgl. die Belege in meinen Ḫammurapistudien 129[59].

[6]) Das semitische Äquivalent für *dam-egir* wäre *urkittu*, das in den assyrischen Gesetzen die zweite (spätere) Gattin bedeutet. Vgl. KAVI 1 VI 99.

kubine.[1]) Sie scheint aber hier in einem anderen Verhältnisse zu ihrem Herrn zu stehen. Denn wenn es heißt, daß nach dem Tode seiner Frau „der Mann ... genommen habe *(tuk-tuk)*", so kann wohl nur ergänzt werden Z. 30f. *[geme]-ni nam ... ku*[2]) *[ba]-an-tuk-tuk* „er hat seine [Sklavin] zur Ehe (?) [ge]nommen".[3]) Im folgenden ist von zweierlei Kindern die Rede. Das können nur die Kinder der legitimen Ehefrau einerseits, der zur Ehefrau erhobenen Konkubine andrerseits sein, und zwar muß die Stellung der letzteren besser gewesen sein als nach D § 14, wo die Sklavin nach ihrer Freilassung Konkubine geblieben ist und ihre Kinder kein Erbrecht haben, kaum aber gleich derjenigen der Kinder der freigeborenen zweiten Gattin, die nach D § 13 voll erbberechtigt sind.[4]) Wie ihre erbrechtliche Stellung im einzelnen war, muß dahingestellt bleiben, da für D § 15 II Z. 5, 6 eine sichere Übersetzung noch nicht zu geben ist.[5])

d) Anhangsweise seien noch A § 8, 9 besprochen, weil sie für das Verhältnis des sumerischen Gesetzes zum K. Ḫ. besonders instruktiv sind. Sie lauten[6]):

§ 8	*Tukum-bi*	Gesetzt,
	gud-nigin-na[7])	in der Hürde[7])
65	*ur-maḫ e-kú-e*	hat ein Löwe gefressen,
	gab-ri[8])	so wird das Unglück[8])

---

[1]) D col. II 3f.: *lugal-a-ni-[ir] in-ši-in-tu-u[t]* „sie hat ihrem Herrn (Kinder) geboren. Dieselbe Ausdrucksweise in col. I 19f.

[2]) Vielleicht doch *nam-dam-šù* zu lesen. Vgl. Serie *ana ittišu* VR 24, 21c: *nam-dam-šù ba-an-tuk* „er hat zur Ehe genommen".

[3]) Die im Text vorgeschlagene Ergänzung auch bei Langdon 506.

[4]) Auch Hierodulenkinder haben nach D § 16 nur in Ermangelung legitimer Kinder volles Erbrecht.

[5]) Langdon 506 liest: *dumu dumu-šú gìn-n[a] é-a-ni ib-dùg-g[i]* „son like son his house shall enjoy (?)". Unter allem Vorbehalt, da ich die keilschriftliche Kopie nicht zur Hand habe und daher auch die Raumverhältnisse nicht übersehen kann, möchte ich etwa folgende Rekonstruktion von D § 15 wagen: *[t]ukum-bi* (27) *[da]m-nitalam-a-ni* (28) *[ba]-úš* (29) *[egi]r dam-a-na-ta* (30) *[geme]-ni nam-dam?-šù* (31) *[ba]-an-tuk-tuk* (32) *[dumu] dam?-[nitalam]* (1) *ibi[la-ni ì-me-en]* (2) *dumu [geme]* (3) *lugal-a-ni-i[r]* (4) *in-ši-in-tu-u[d-da]* (5) *dumu dumu-šù* etc. „[G]esetzt (27) seine legitime [Ga]ttin (28) [ist gest]orben, (29) [na]ch seiner Gattin (30) hat er seine [Sklavin] zur Ehe? (31) [ge]nommen, (32) so sind [die Kinder] der [legitimen] Gattin? (1) [seine Er]ben, (2) bezüglich der Kinder, welche [die Sklavin] (3) ihre[m] Herrn (4) gebor[en] hat, (5) wird ein Kind dem anderen" usw.

Zu col. II Z. 1: *dumu-[uš(= ibila)-ni ì-me-en]* vgl. § 16 Z. 20.

Zu col. II Z. 4: der Zusammenhang erfordert das Verbum in der Form des abhängigen Satzes. Vgl. § 16 Z. 18, 19.

[6]) Umschrift nach Langdon 514, die Übersetzung danke ich im wesentlichen Herrn Dr. Landsberger.

[7]) *gud-nigin* = Rind + umschließen (*nigin*, vgl. Delitzsch, Sum. Glossar s. v. S. 201 I b *α*) = „Hürde", eventuell auch „Gesamtheit (*nigin* Delitzsch l. c. b *δ*) der Rinder" = „Herde". Für die erstere Bedeutung indessen der parallele § 266 K. Ḫ., der die Viehhürde *(tarbaṣum)* nennt.

[8]) *gab-ri ... ri-ri* = akkad. *miḫru maḫâru*. Vgl. Langdon 514[2], allerdings nicht in der Bedeutung „to present a substitute", sondern „es

	nam-lugal-la-ni-šù	seinem Eigentum
	ib-ri-ri (!) [1])	widerfahren.[1])
§ 9	*Tukum-bi*	Gesetzt,
10	*gud-nigin-na* [2])	aus der Hürde [2])
	gud ú-gu-ba-an-dé	ist ein Rind verloren gegangen [3]),
	gud gud dìm	so soll Rind für Rind
	[lugal-a-ni-šù]	[seinem Eigentümer]
	[in-na-ap-su-su]	[ihm ersetzt werden].[4])

Der Sinn dieser Bestimmungen ist klar. Reißen des Viehs in der Hürde durch ein Raubtier gilt typisch als Zufall, den der Eigentümer trägt, während für sonstiges Abhandenkommen des Viehs der Hirte schlechthin einsteht. A § 8 ist unschwer als Vorlage für § 266 K. Ḫ. zu erkennen. Allein es ist interessant zu beobachten, was Ḫammurapi aus der Vorlage gemacht hat. Dem typischen Ungefährfall des Reißens des Viehs durch den Löwen ist der allgemeinere Begriff der *lipit ilim* „göttlichen Berührung" vorangesetzt, ferner trägt der Eigentümer die Gefahr nur dann, wenn sich der Hirte durch einen Unschuldseid reinigt.[5]) Damit ist die Entscheidung auf eine ganz andere Basis gestellt. An Stelle der konkret typischen Regelung der sumerischen Vorlage ist die abstrakte nach dem Verschuldensprinzip getreten, mit anderen Worten: der Einbruch des Löwen in die Hürde gilt nicht mehr schlechthin als casus, sondern nur dann, wenn er vom Hirten nicht durch mangelhafte Bewachung der Hürde verschuldet wurde. Das ist m. E. Gegenstand des Reinigungseides.[6])

Die Entsprechung zu A § 9 folgt im K. Ḫ. nicht auf § 266, sondern steht im § 263. Allerdings ist die Analogie keine vollkommene. Denn während A § 9 auf das Abhandenkommen aus der Hürde spezifiziert, heißt es in § 266 generell: *šum-ma a[lpam] . . . úḫ-ta-al-li-[iq]* „wenn er (der Hirte) ein R[ind] verloren gehen läßt". Die Rechtsfolge

---

begegnet ein Unglück". Über *gab-ri* = *miḫru* = Unglück, Mißgeschick Delitzsch, Sum. Glossar s. v. S. 176, Handwörterbuch 404a Nr. 2. Vgl. auch Assurbanipal, Annalen B V 11 (Streck, Assurb. II S. 110): *i-na ûmême-šu-ma mi-iḫ-ru im-ḫur-šú* „in jenen Tagen widerfuhr ihm ein Unglück". Die Ausdrucksweise ist dieselbe wie in § 266 K. Ḫ. Z. 80 f.: *mi-ki-it-ti tarbaṣim be-el tarbaṣim i-maḫ-ḫar-šú* „das Unglück der Hürde wird dem Eigentümer der Hürde begegnen".

[1]) Vgl. S. 284 Anm. 8. [2]) Vgl. S. 284 Anm. 7.

[3]) Eventuell: „er (der Hirte) hat verloren gehen lassen". Vgl. § 263 K. Ḫ.: *šum-ma a[lpam] . . . uḫ-ta-al-li-[iq]* „wenn er (der Hirte) ein Rind hat verloren gehen lassen".

[4]) Eventuell auch aktivisch: „so soll er (der Hirte) . . . ersetzen".

[5]) Dieselbe Regelung auch bei der Viehmiete § 249 K. Ḫ.

[6]) Denkbar wäre an sich auch eine andere Auffassung. Der Hirte hatte sich von dem Verdacht zu reinigen, daß er das Rind sich angeeignet habe. Doch hätte ein solcher Eid dann keinen Zweck gehabt, wenn aus den vorhandenen Spuren der Einbruch des Löwen festgestellt werden konnte, und dies wird wohl die Regel gewesen sein. Dasselbe gilt wohl für die *lipit ilim*, wobei man am ehesten an Viehseuchen oder Ähnliches zu denken haben wird.

stimmt wiederum wörtlich mit A § 9 überein: *alpam ki-ma [alpim] . . . i-ri-a-[ab]* „er wird Rind für Rind ersetzen". Auf Verschulden kommt es nicht an.[1]) Hingegen ist die auf § 266 folgende Bestimmung in anderer Hinsicht interessant. Der Tatbestand des § 267 ist zwar recht zweifelhaft: *šum-ma rê'ûm i-gu-ma* (83) *i-na tarbaṣim pi-ṣa-tam uš-tab-ši* „wenn der Hirt durch Nachlässigkeit (83) in der Hürde Räude (?)[2]) hat entstehen lassen". Die Rechtsfolge Z. 86 *alpi . . . ú-šá-lam* „er (der Hirte) soll Rinder . . . ersetzen" läßt schließen, daß durch das im Tatbestand genannte Ereignis solche eingegangen sind. Das Interessante aber ist, daß der Hirte nur bei Verschulden *(îgûma)* haftet. Bedenkt man, daß der Gedanke der Verschuldenshaftung in § 266 erst durch Ḫammurapi hineingebracht wurde, daß das in § 267 genannte Ereignis vielleicht der in § 266 erwähnten *lipit ilim* nicht ferne steht, so ist wohl die Vermutung erlaubt, daß auch in § 267 die Verschuldenshaftung auf Rechnung Ḫammurapis zu setzen ist.[3])

e) Die sumerischen Vorlagen zum K. Ḫ. sind in jüngster Zeit um eine weitere vermehrt worden. Bei den Ausgrabungen der Deutschen Orientgesellschaft in Assur ist auch ein Fragment der Serie *ana ittišu* zutage gekommen, das kürzlich in KAVI Nr. 8 veröffentlicht wurde. Die sumerische Spalte — die akkadische ist leider fast völlig zerstört — lautet[4]):

	Tukum-bi	Gesetzt, (jemand) hat
	á-mal-la[5]) *kalag-ga-ta*	mit gewaltiger Kraft (?)[5])
	gud-a gir-pad-du-a-bi	einem Rinde seinen Knochen
	ba-an-zé-ir	zerbrochen,
5	*šam-til-la-ba*	so soll er seinen vollen Wert
	azag-ga an-lal-e.	in Silber bezahlen.
	Tukum-bi	Gesetzt, (jemand)
	gud-a igi-a-bi ba-an-ḫu[l]	hat einem Rinde sein Auge zerstört,
	šú-ri-a-[ ] šam-ba- .[. .]	so soll er die Hälfte seines Wertes
10	*azag-ga an-lal-e*	in Silber ersetzen.

Von den Bestimmungen entspricht die zweite nahezu wörtlich § 247 K. Ḫ., die erste dem § 246, nur daß dieser in den Tatbestand auch noch das Durchschneiden der Nackensehne *(la-bi-a-an-šú it-ta-ki-is)* aufnimmt und nicht Geld-, sondern Naturalersatz vorschreibt (§ 246

---

[1]) Daß das Faktitivum *uḫtalliq* auf eine verschuldete Handlung hinweist, ist kaum anzunehmen.

[2]) So Ungnad, Ham. Gesetz, Glossar S. 159: perniciöse Leukämie, *piṣâtum* von *piṣû* „weiß, glänzend". Andere (z. B. Winckler, Harper, Müller) lesen *kaz-za-tum* und übersetzen — kaum prägnant — „Schaden, accident, injury". Noch anders Scheil: brèche.

[3]) Mit denselben Worten *(îgûma)* hat Ḫammurapi auch die Verschuldenshaftung beim Depositum in § 125 Z. 75 interpoliert. Vgl. meine Ḫammurapistudien 31 f.

[4]) Umschrift und Übersetzung danke ich Dr. Landsberger.

[5]) *á-ma-al* = *li'û* „Kraft, Stärke", Brünnow, Classified list of cuneiform ideographs Nr. 6604, Delitzsch, Handwörterbuch 365 b (Mitteilung von Prof. Zimmern).

Z. 19 f.: *alpam ki-ma alpim ... i-ri-a-ab*). Die weiteren Zeilen der Tafel sind stark beschädigt. Man erkennt noch, daß sie von der Schiffsmiete handeln, die im K. Ḫ. § 275 f. geregelt ist.

Die neue Tafel zwingt uns, unsere Anschauungen über die Serie *ana ittišu* zu revidieren. Wenngleich in der erhaltenen Fassung wohl grammatischen Zwecken dienend, hat sie doch vor allem aus einem Formularienbuche zum Gebrauch der Urkundenschreiber geschöpft. Der Verfasser dieses Formularienbuches — und daran läßt die neue Tafel nicht zweifeln — hat aber neben Urkundsformeln auch Gesetze benützt. Ich möchte daher, abweichend von meiner bisherigen Meinung [1]), doch auch die sogenannten sumerischen Familiengesetze, die uns in der Serie überliefert sind, nicht für Urkundsklauseln, sondern für echte Gesetze halten, wofür man sie auch ursprünglich angesehen hat. Das wird nunmehr auch durch die ganz analogen Bestimmungen in A § 4, 5 nahegelegt. [2]) Daß die Gesetzesbestimmungen als Geschäftsklauseln in den Urkunden begegnen, darf nicht wundernehmen. Die Urkundsklauseln waren legum verbis accommodatae wie in Rom die legis actiones (Gaius 4, 11).

II. Ein eigenartiges und wichtiges Rechtsdenkmal ist jüngst in einer deutschen Publikation der allgemeinen Benutzung zugänglich gemacht worden: die sogenannten altassyrischen Gesetze. Es handelt sich um mehrere Tafeln von verschiedenem Erhaltungszustande, die bei den Grabungen der Deutschen Orientgesellschaft in Assur gefunden und kürzlich in KAVI Nr. 1—6, 143, 144, 193 in keilschriftlichen Autographien von O. Schroeder veröffentlicht wurden.

Von den Tafeln ist Nr. 1 am besten erhalten und läßt den Umfang des ganzen Werkes ungefähr ermessen. Sie zählt, doppelseitig beschrieben, 8 Kolumnen mit 828 Zeilen [3]), die zweite überliefert nur 6 Kolumnen, zum Teil recht beschädigt. Die übrigen Tafeln sind Fragmente. Wichtig ist, daß nicht alle Tafeln derselben Redaktion angehören, vielmehr lassen sich mindestens zwei Redaktionen unterscheiden. Zur ersten gehören Nr. 1 und 2 und wegen der Schrift wohl auch Nr. 193, zur zweiten, die, nach der Schrift zu urteilen, nicht unwesentlich älter sein dürfte, Nr. 4, 6, 143, vielleicht auch Nr. 5. Für Nr. 3 und 144 wage ich kein Urteil. Die zweite Redaktion, formell durch längere Zeilen charakterisiert, weist auch gewisse sprachliche Eigentümlichkeiten auf. [4])

---

[1]) Vgl. Koschaker, Proceedings of the Society of Bibl. Arch. (1913) 237, Schorr, Rev. Sém. 20, 380 f.

[2]) Auch die Bestimmung von D § 16 über die Hierodulenkinder klingt in der Serie *ana ittišu* nach. Vgl. VR 24, 28 c: *nam-kar-kid-da-a-ni ba-ni-in-tuk* „er nahm sie als Buhle", Z. 30 c *[ê]-a-na-aš mi-ni-in-túr* „in sein Haus brachte er sie hinein"; VR 25, 7 c ff.: *egir-bi-ta-a-an nu-gig-an sil-ta ba-an-da-il-la*, akkad. *ar-ka-nu ga-di-iš-tum ina su-ki-im it-ta-ši* „später nahm er eine Hierodule von der Straße" und dazu D § 16 II 11 f.: *kar-kid-da An-Aš-An-a* „eine Hierodule von der Straße".

[3]) Vgl. die Einleitung des Herausgebers S. VII.

[4]) Sie schreibt z. B. *i-ma-ḫu-zu* (4 VS 4; 6 I 13; 18; 6 II 5; 24), während die erste konsequent *i-maḫ-ḫu-ṣu* hat. Ebenso bildet die zweite

Die Bedeutung dieses neuen Rechtsdenkmals für die Rechtsgeschichte Vorderasiens ist eine außerordentliche. Das für die Erforschung der assyrischen Rechts-, insbesondere Privatrechtsgeschichte verfügbare Quellenmaterial bestand bisher aus den neuassyrischen Rechtsurkunden, vorwiegend aus dem 7. und 8. Jahrhundert.[1] Hierzu kommen noch die kappadokischen Urkunden, die in den Ruinenstätten Kara Eyuk und Gyul Tepe in der Nähe des heutigen Kaisarieh gefunden wurden. Sie stammen aus einer assyrischen Kolonie und sind, wie man neuerdings annimmt[2], sehr alt, wahrscheinlich etwas älter als die erste babylonische Dynastie.[3] Hingegen fehlte uns bisher jedes juristische Material aus der Zeit des älteren assyrischen Reichs. Diese Lücke wird nun durch den neuen Text ausgefüllt. Sein Datum kann allerdings nicht mit Sicherheit bestimmt werden. Zwar ist Nr. 1 datiert, doch konnte der Name des eponymen *(lîmu)* Beamten, der nur lückenhaft überliefert ist, bisher nicht ermittelt werden. Hingegen weisen Schrift und Sprache in die Zeit Tiglat-pilesars I. (ca. 1100).[4] Die überlieferte zweite Redaktion gestattet uns aber die Entstehung des Werkes noch weiter zurückzuverlegen. In dieser Beziehung ist es wichtig, daß bei den Grabungen auch altassyrische Rechtsurkunden gefunden wurden, die, wie der Herausgeber mitteilt, aus der Zeit zwischen 1450 und 1250 stammen und den altassyrischen Gesetzen nahestehen.[5]

Auch der Charakter des neuen Textes ist eigenartig. Der Herausgeber hat ihn „altassyrische Gesetze" genannt und diese Bezeichnung entspricht gewiß dem ersten Eindruck. Es handelt sich um Rechtsvorschriften, eingeleitet wie die Bestimmungen des K. Ḫ. durch

---

Redaktion den Casus obliquus des Femininums auf i, die erste auf e. Vgl. z. B. *ri-ḫa-ti* (4 VS 6), *šá-pàr-ti* (6 I 14; 143 VS 7) gegenüber *ri-ḫa-te* (1 III 90; 1 VI 23), *šá-pàr-te* (1 V 28; 1 VI 42) der ersten. Die ersteren Schreibungen weisen, worauf mich Dr. Landsberger aufmerksam macht, vielleicht auf babylonischen Einfluß.

[1]) Sie sind zum größten Teil in dem königlichen Archiv zu Niniveh ausgegraben worden und von dort ins Britische Museum gelangt. Veröffentlicht in Keilschrift mit sachlichen Erläuterungen von Johns, Assyrian Deeds and Documents, 3 Bde, in Umschrift und Übersetzung, sämtliche bisher bekannten Texte umfassend, von Ungnad, Assyrische Rechtsurkunden (1913) mit Rechtserläuterungen von J. Kohler.

[2]) Vgl. Thureau-Dangin, Rev. d'Assyriol. VIII 142 f.

[3]) Grundlegend für das sprachliche Verständnis Delitzsch, Beiträge zur Entzifferung und Erklärung der kappadokischen Keilschrifttafeln (Abhdl. d. sächs. Ges. d. Wissensch. phil.-hist. Kl. XIV 4). Bearbeitungen bei Peiser, Keilinschriftl. Bibliothek IV 50 f., Sayce, Babyloniaca II 1 f. (1908). Ihre Zahl ist im Wachsen begriffen. Die Veröffentlichung einer größeren Zahl dieser Texte aus den Beständen des Louvre steht bevor. Viel unveröffentlichtes Material ist auch in Privatbesitz.

[4]) Vgl. den Herausgeber S. VII.

[5]) Einige von ihnen sind in KAVI 209—212 veröffentlicht. Die Publikation der Hauptmasse dieser Urkunden ist in Vorbereitung. Vielleicht wird man diese Texte, wenn sie einmal in größerer Zahl verfügbar sein werden, in ähnlicher Weise für die Interpretation der „Gesetze" verwerten können wie die altbabylonischen Rechtsurkunden beim K. Ḫ.

šumma „gesetzt, daß" und geordnet nach Paragraphen, die äußerlich durch Trennungsstriche und — das gilt allerdings nur für Nr. 1 und 2 — durch Ausrücken der ersten Zeile des Paragraphen gekennzeichnet sind.[1]) Allein bei näherem Zusehen wird man in diesem Urteil doch schwankend. Im Vergleich zum K. Ḫ. und auch den sumerischen Gesetzen fällt auf eine gewisse mangelnde Präzision der Tatbestände, die oft in epischer Breite erzählt werden, eine ganz lockere Systematik, Mängel, die m. E. nicht bloß aus einer geringer entwickelten Gesetzestechnik erklärt werden können. Ich möchte daher glauben, daß wir es eher mit einer Privatarbeit zu tun haben, mit einem Rechtsbuch, das allerdings aus Gesetzen schöpfte, daneben aber auch anderes Material, etwa die Gerichtspraxis benutzte und seine Quellen durch Änderungen, Glossen zeitgemäß zu gestalten suchte. Das alles gilt aber nur für die erste Redaktion (Nr. 1, 2), die vermöge ihrer besseren Erhaltung allein ein Urteil gestattet. Für die nähere Begründung dieser Auffassung fehlt hier der Raum, sie muß einer in Vorbereitung befindlichen Bearbeitung der Gesetze vorbehalten bleiben. Ebenso muß ich es mir versagen, über den Inhalt des Textes, der der juristischen Deutung oft erhebliche Schwierigkeiten bereitet, zu berichten. Erwähnt sei nur, daß die erste Tafel einen Strafkodex für Ehefrauen, sowie ehe- und ehegüterrechtliche Bestimmungen enthält, Nr. 2 sich überwiegend mit Grundstücksrecht beschäftigt.[2]) Nr. 6 bietet pfandrechtliche Normen.

Wohl aber möchte ich zwei Paragraphe hier mitteilen, die für die Leser dieser Zeitschrift besonderes Interesse haben dürften.[3]) Der erste (1 IV 71 f.) lautet:

šum-ma amêlu a[l-m]a-at-tu e-ta-ḫa-az	Gesetzt, jemand hat eine W[it]we geheiratet,
ri-ka-ṣa la-a ra-ki-i-eš	ihr Vertrag ist nicht abgeschlossen,
2 šanâte^{meš} *i-n[a b]îti-šú us-bat*	sie hat 2 Jahre i[n] seinem [H]ause gewohnt,
aššatu ši-i-i[t] la-a tu-uṣ-ṣa	so ist dies[e] eine Ehefrau, nicht darf sie fortgehen.

Das ist der Gedanke der altrömischen Ususehe, d. h. der Konvalidierung des aus irgendwelchen Gründen unwirksamen Ehevertrags durch fortgesetzte Ehegemeinschaft während bestimmter Zeit. Allerdings ist die neuere Forschung[4]) geneigt, den Zweck der Ususehe vor

[1]) Bei den übrigen Fragmenten sind die Zeilenanfänge nicht erhalten, ausgenommen Nr. 5, das vielleicht der älteren Redaktion angehört. Allein gerade hier (vgl. 5 Z. 11) läßt sich, nach der Autographie zu urteilen, ein Ausrücken der ersten Zeile nicht konstatieren.

[2]) Einzelne Paragraphen aus Nr. 1 und 2 sind übersetzt bei Delitzsch, Die große Täuschung 122, 128, 137 und Meißner, Babylonien u. Assyrien I 175 f.

[3]) Transskription und Übersetzung wären mir nicht möglich gewesen ohne die Hilfe von Prof. Zimmern. Zu dem zweiten Paragraphen hat Dr. Ehelolf (Berlin) durch Nachprüfung am Original einige verbesserte Lesungen und auch andere wichtige Hinweise beigesteuert, wofür ich ihm herzlich danke.

[4]) Vgl. Mitteis, Röm. Privatrecht I 252.

allem in der Heilung der fehlerhaften Eheschließungsform zu erblicken und sie nicht als Ersatz für die völlig mangelnde Eheform zu beurteilen. Das letztere scheint hier der Fall zu sein. Denn es wird gesagt, daß ein Vertrag mit der Witwe nicht geschlossen sei. Indessen wäre diese Schlußfolgerung doch etwas voreilig. Denn es heißt unmittelbar vorher, daß der Mann die Witwe geheiratet habe *(etaḫaz)*, und *aḫâzu* bezeichnet sonst im Rechtsbuch die rechtsgültig erfolgte Eheschließung. Wenn ferner § 128 K. Ḫ. bestimmt: *šum-ma awîlum* (36) *áš-šá-tam* (37) *i-ḫu-uz-ma* (38) *ri-ik-sa-ti-šá* (39) *la iš-ku-un* (40) *sinništum ši-i* (41) *ú-ul áš-šá-at* „gesetzt, jemand hat, (36) indem er eine Ehefrau (37) nimmt, (38) ihren schriftlichen Vertrag (39) nicht errichtet, (40) so ist dieses Weib (41) keine Ehefrau“, so will er damit keineswegs bloß sagen, daß der völlig formlose Ehekonsens keine Ehe erzeuge, sondern, daß zur üblichen Eheschließung *(aḫâzu)*, und das ist m. E. die alles eher als formlose Kaufehe, noch die Errichtung einer Urkunde hinzutreten müsse.[1]) Ähnlich wird die Bestimmung des Rechtsbuches zu verstehen sein. Nun kann man allerdings nicht behaupten, daß *riksu* in 1 IV 72 den schriftlichen Vertrag bedeute wie *riksâti* in § 127 K. Ḫ. Es könnte vielmehr auch auf gewisse materiellrechtliche, z. B. ehegüterrechtliche Vereinbarungen hinweisen, und vielleicht ist daraus zu erklären, daß die Bestimmung nur für die sich wieder verheiratende Witwe getroffen ist, die auch sonst eherechtlich eine Sonderstellung einnimmt.[2]) Solange das Eherecht des Rechtsbuches — nebenbei eine seiner schwierigsten Partien — nicht geklärt ist, läßt sich Abschließendes nicht sagen.

Der zweite Paragraph, den ich hier mitteile, gehört der zweiten Tafel col. III an.

	..[l]a?-a[3])	(Wenn jemand ein Feld oder ein Haus)
	a-na ṣarpi [i-la-aq-]qi	für Silber [erwerb]en will,
	ú-di-ni e[qla ù] bîta	so soll er, bevor er das F[eld oder] Haus
	a-na ṣarpi la-a [il-q]i-ú-ni	für Silber [erw]orben hat,
5	*1 araḫ ûmâte*$^{te-meš}$[4])	einen vollen Monat einen [Her]old
	am[êlu nagi]ra 3-šú	3 mal

[1]) Vgl. meine Ḫammurapistud. 111 f., 198 f.

[2]) Insbesondere darf sie sich frei verheiraten und wird nicht wie sonst die Frau verheiratet. Vgl. 1 IV 69 f.: unter gewissen Voraussetzungen *al-ma-at-[t]u ši-i-it* (70) *a-šar ḫa-di-[a-t]u-ú-ni ta-al-lak* „ist dieses (Weib) eine Witwe, (70) dorthin, wo sie es fre[ut], darf sie gehen“.

[3]) Die Tafel ist vorher abgebrochen. Nach ihrer Dicke zu schließen, fehlt von col. III mindestens soviel, als von ihr erhalten ist (Ehelolf). Doch dürfte von diesem Manko kaum viel auf den vorliegenden Paragraphen entfallen, da das Erhaltene einen geschlossenen Zusammenhang ergibt.

[4]) Die Autographie hat *Ud-Meš Mu-1*. Die beiden letzten Zeichen ein Autographiefehler gegenüber *te* des Originals, vgl. die Verbesserungen S. XXVIII. *1 araḫ ûmâte* wörtlich „ein Monat an Tagen“, d. h. ein voller Monat.

	i-na lib-bi ali ^{ilu}A-šur ú-sa--aš-sa	in der Stadt des Gottes Assur (es) ausrufen lassen,
	3-šú-ma i-na lib bi ali eqla ù bîta	3 mal auch in der Stadt soll das Feld oder Haus
	šá-a i-laq-qi-ú-ni ú-sa-aš-sa	derjenige, welcher (es) erwerben will, ausrufen lassen
	ma-a: ‚eqla ù bîta	folgendermaßen: ‚das Feld oder das Haus
10	*šá-a an-na-na mâr an-na-na*	des N. N., Sohnes des N. N.,
	i-na ugâr ali an-ni-e	in der Flur dieser Stadt,
	a-na [ṣar]pi a-la-aq-qi [1])	will ich für [Silb]er erwerben.
	ššá-a l[a]-qa-šú-nu	Diejenigen, bei welchen Erwerbsrechte
	ù d[a-b]a-a-ab-šú-nu	oder Prozeßansprüche (?)
15	*i-ba-aš-ši-ú-ni*	vorhanden sind,
	dup-pa-te-šú-nu lu-še-[bi]l?--[l]u?-nim-ma [2])	mögen ihre Urkunden bringen
	a-na pa-ni ki-pu-ú-te liš-ku-nu	und dann bei den Vorstehern hinterlegen,
	li-id-bu-bu lu-zak-k[i]-ú-ma	sie mögen prozessieren, freimachen
	li-il-k[i]-ú	und dann (es) erwerben.
20	*šá i-na araḫ umâte$^{te-meš}$ an--na-a-te*	Diejenigen, welche in diesem vollen Monate,
	ú-di-i-ni e-da-nu	bevor die Frist
	la-a ma-šá-e dup-pa-te-šú-nu	abgelaufen ist, ihre Urkunden
	it-ta-ab-[3])*lu-ni-en-ni*	gebracht,
	a-na pa-ni ki-pu-ú-te	bei den Vorstehern
25	*il-ta-ak-nu-ú-ni*	hinterlegt haben,
	amêlu a-na si-ir eqli-šú	der Mann soll bezüglich seines Feldes
	i-šal-lim i-lak-ki'.	befriedigt werden, (es) erwerben'.
	i-na ûmi^{mi} ^{amêlu}nagiru i-na lib-bi	Zur Zeit, da der Herold in
	ali ^{ilu}A-šur i-sa-si-ú-ni	der Stadt des Gottes Assur ausruft,
30	*ištên i-na sukalli šá pa-ni šarri*	sollen einer von den Bevollmächtigten des Königs,
	dup-sar [a]li ^{amêlu}nagiru	der [St]adtschreiber, der Herold
	ù ki-pu-tu šá šarri iz-za-zu	und die Vorsteher des Königs zusammentreten,

[1]) Lesung von Ehelolf, der von *ṣarpi* am Original noch Spuren konstatierte.

[2]) So allerdings zweifelnd Ehelolf. Nach der Autographie wäre auch *lu-še-l[i]-a-nim-ma*, III₁ von *elû* in der Bedeutung „vorweisen" möglich. Doch empfiehlt sich die Lesung im Texte, weil an den Parallelstellen (Z. 23, 42) ebenfalls Formen von *walâlu* „bringen" gebraucht werden.

[3]) So nach dem Original Ehelolf. Die Autographie hat *al.*

	šá-a ali eqla ù bîta	von der Stadt, in der ein Feld oder Haus
	i-laq-qi-ú-ni	(jemand) erwerben will,
35	*ḫa-zi-a-nu 3 rabûtu*^{meš} *šá ali iz-za-zu*	sollen der Bürgermeister (und) drei Stadtälteste zusammentreten,
	^{amêlu}*nagira-ma ú-sa-su-ú*	den Herold sollen sie ausrufen lassen,
	dup-pa-te-šú-nu i-šaṭ-ṭu-ru	ihre Urkunden sollen sie schreiben
	i-id-du-nu	(und) ausfertigen
	ma-a: ‚i-na 1 araḫ ûmâte$^{\text{te-meš}}$ *an-na-te*	folgendermaßen: ‚in diesem ganzen Monate
40	*3-šú* ^{amêlu}*nagiru is-si-si*	hat 3 mal der Herold ausgerufen,
	šá i-na 1 araḫ ûmâte$^{\text{te-meš}}$ *an--na-te*	wer in diesem vollen Monat
	dup-pu-šú la-a it-tab-la-an-ni	seine Urkunde nicht gebracht,
	a-na pa-ni ki-pu-ú-te	bei den Vorstehern
	la-a il-tak-nu-ú-ni	nicht hinterlegt hat,
45	*i-na eqli ù bîti qa-su e-li'.*	ist auf Feld oder Haus seines Rechtes verlustig gegangen'.[1]
	a-na mu-sa-as-si-a-ni	Für denjenigen, der ausrufen ließ
	šá-a ^{amêlu}*nagiri za-a-ku*	durch den Herold, ist es frei.
	3 dup-pa-a-te šá sa-su ^{amêlu}*nagiri*	3 Urkunden über das Ausrufen des Herolds
	šá ^{amêlu}*daianê*^{meš} *i-šá-ṭu-ú-ru*	der (?) Richter sollen sie schreiben

Spuren von drei weiteren Zeilen.

Der Paragraph ist vor allem für die Beurteilung des Gesamttextes wichtig. Um kurz die Ergebnisse zu verzeichnen — die Begründung wird an anderem Orte gegeben werden —: er handelt von der Veräußerung von Grundstücken im Bezirke der „Stadt des Gottes Assur" (*i-na lib-bi ali* ^{ilu}*A-šur* Z. 6, 28/29), d. h. der Stadt Assur selbst. Z. 7—8, 33—35 sind spätere Zusätze (des Verfassers des Rechtsbuchs?) zu dem Zwecke, um das für Assur Bestimmte für alle Ortschaften Assyriens (?) zu verallgemeinern, weshalb in Z. 35 nur die Lokalbehörden genannt sind.[2] Daraus folgt, daß in der ursprünglichen Fassung die Bestimmung nur für die Stadt Assur galt und somit einen Teil eines Stadtrechts von Assur enthielt, dem auch noch andere Bestimmungen des Rechtsbuchs zugewiesen werden können. Der Paragraph ist aber auch für die vergleichende Rechtsgeschichte bedeutungsvoll. Denn er bezeugt uns als Publizitätsform für die Übertragung des Grundeigentums ein Aufgebotsverfahren für die Drittberechtigten mit Verschweigungs-

---

[1]) Hier schließt wohl das Edikt. Würden die beiden folgenden Zeilen noch dazugehören, so würde man anstatt *musassiânu* den Namen des Erwerbers, wenngleich nur als Blankettnamen (vgl. oben Z. 10 f.) erwarten.

[2]) Dementsprechend ist vielleicht auch in Z. 11 *ali* ^{ilu}*A-šur* des Originals durch *ali an-ni-e* ersetzt worden.

wirkung, das in ähnlicher Weise auch für das deutsche Mittelalter[1]) und das altgriechische Recht[2]) überliefert ist.

Das Verfahren hebt an mit einem vom Käufer des Grundstückes veranlaßten Aufgebot der Drittberechtigten, das innerhalb eines Monats, wohl vom ersten Aufgebot an gerechnet, noch zweimal wiederholt wird.[3]) Der Kreis der aufgebotenen Personen ist in Z. 13—15 abgegrenzt, deren Deutung freilich nicht sicher ist. Da *laqû* im Gesetze sonst (vgl. Z. 4, 8) den Erwerb zu Eigentum bezeichnet, so habe ich es in Z. 13 mit „Erwerbsrecht“ übersetzt und denke hierbei vor allem an dingliche Erwerbs(Retrakt)rechte, wie Erben-, Mark-, Nachbarlosung, Rechte, die auch nach deutschem Recht unter das Aufgebot fallen.[4]) Ganz unsicher ist *dabâbu* in Z. 14.[5])

Die bloße Anmeldung dieser Rechte, die durch Hinterlegung der sie verbriefenden Urkunden bei den „Vorstehern“[6]) geschieht, genügt aber noch nicht, vielmehr sind sie erforderlichen Falles im Prozesse zu verfolgen (*lidbubu* Z. 18)[7]), und zwar, wie der Zusammenhang ergibt, gegen den Erwerber.[8]) Das Folgende ist nicht ohne Schwierigkeit. *Luzakku* (Z. 18, das Piel von *zakû* „frei sein“) heißt wörtlich „sie sollen frei machen“. Das Gegenstück dazu ist die öfter im Rechtsbuche begegnende Phrase: „ein Gegenstand ist für *(ana)* eine Person frei *(zâku)*“, d. h. sie hat ein Recht auf ihn, unbehindert durch Ansprüche Dritter, was dann natürlich weiterhin auch bedeuten kann:

---

[1]) Vgl. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts II 81 f., Gierke, Deutsches Privatrecht II 274 f., Immerwahr, Die Verschweigung im deutschen Recht (Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 48). Ich danke diese und andere Hinweise auf die germanistische Literatur Herrn Prof. Dr. A. Schultze.

[2]) Theophrast bei Stobaeus Florileg. 44, 22: *οἱ μὲν οὖν ὑπὸ κήρυκος κελεύουσι πωλεῖν καὶ προκηρύττειν ἐκ πλειόνων ἡμερῶν . . . παρὰ δέ τισι προκηρύττειν κελεύουσι πρὸ τοῦ κατακυρωθῆναι πένθ' ἡμέρας συνεχῶς, εἴ τις ἐνίσταται ἢ ἀντιποιεῖται τοῦ κτήματος ἢ τῆς οἰκίας,* dazu neuestens Weiß bei Pauly-Wissowa, Realenzykl d. Altertums III Suppl.-Bd. 852 f.

[3]) Dreimaliges Aufgebot zu demselben Zwecke durch Verlesung der „Bannrollen“ in Metz (13. Jhd.). Vgl. A. Schultze, Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte (1912) 218.

[4]) Immerwahr 36 f.

[5]) Die Übersetzung „Prozeßansprüche“ gründet sich lediglich darauf, daß *dabâbu* sonst „prozessieren“ heißt. Aber gerade an anhängige Prozesse zu denken fällt deshalb schwer, weil hier der Kläger sein Recht bereits gewahrt hatte und nicht erst aufgeboten zu werden brauchte.

[6]) *Qîpûtu.* Es sind offenbar dieselben, welche in Z. 32 als *qîpûtu ša šarri* „königliche Vorsteher“ bezeichnet werden, also eine staatliche Behörde. Ihr Charakter läßt sich deshalb schwer bestimmen, weil *qêpu* ein genereller Amtstitel ist, der alle möglichen Ämter umfassen kann. Vgl. Johns, Assyr. Deeds and Documents II 84 f., Klauber, Assyr. Beamtentum nach den Briefen aus der Sargonidenzeit 89.

[7]) Das gilt auch nach deutschem Recht. Immerwahr 17, A. Schultze, Münchener Krit. Vierteljahrsschr. 40, 346 f.

[8]) Für das griechische Recht wird angenommen, daß die Ansprüche in einem Prozeß mit dem Veräußerer zu erledigen waren. Vgl. Rabel, Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders 13.

der Gegenstand gehört der betreffenden Person.[1]) „Frei machen von Ansprüchen Dritter“ würde nun vortrefflich passen ausgesagt vom Erwerber des Grundstücks, der es von den angemeldeten Ansprüchen „frei machen“ muß. Gleichwohl bezieht sich *luzakku* nach dem Wortlaute unzweifelhaft auf die Drittberechtigten. Vielleicht ist aber doch eine befriedigende Deutung möglich, wenn man an Retraktrechte denkt, die das Gesetz vorzugsweise im Auge zu haben scheint. Der Retraktberechtigte soll das Grundstück für sich „frei machen“, indem er dem Käufer den Kaufpreis bezahlt, um es dann für sich erwerben zu können *(li-il-ki-ú* Z. 19*)*.[2])

Bisher ist das Verfahren ein rein privates. Insbesondere erfolgt das Aufgebot der Einsprecher durch den Erwerber und nicht durch eine Behörde.[3]) Diese[4]) tritt auf den Plan erst nach erfolglosem Ablauf der Aufgebotsfrist, und zwar mit einem amtlichen Edikt, durch welches der Untergang der Einspruchsrechte in Ansehung des Grundstückskäufers ausgesprochen wird.[5]) Die dadurch für den Käufer hergestellte Rechtslage kann sehr wohl mit der „rechten Gewere“ des deutschen Rechts verglichen werden[6]), wie das amtliche Edikt mit

---

[1]) Vgl. Z. 47, ferner 1 IV 16: das Eingebrachte der Frau *a-na marû*^{meš}*-šá za-a-ku* „ist für ihre Kinder frei“ im Sinne eines Verfangenschaftsrechts der Kinder; I IV 102: die Frau des Verschollenen, die nach gewisser Zeit wieder geheiratet hat, darf der zurückgekehrte erste Mann nicht beanspruchen *(la-a i-qar-ri-ba-še)*, *a-na mu-ti-šá ur-ki-e za-ku-at* „für ihren späteren Mann ist sie frei“; 1 V 25: bei Verstoßung der Frau hat der Mann keinen Anspruch auf die von ihm gegebene *tirḫâtu* (Brautpreis?) *a-na sinnište za-a-ku* (l. *za-ku-at*) „für das Weib ist sie frei“, d. h. sie gehört dem Weibe.

[2]) Das Folgende möchte ich für einen späteren Zusatz halten. Formell fällt auf, daß der Vordersatz von den Einsprechern im Plural, der Nachsatz aber in der Einzahl spricht. Man vergleiche demgegenüber die tadellose Stilisierung des ganz ähnlichen Passus in Z. 41 f. Sachlich enthält die Stelle eine unnütze Wiederholung des schon in Z. 9—19 Gesagten und behauptet auch Unrichtiges. Denn es ist falsch, daß bloß die Anmeldung des Rechts genügt, um es der Befriedigung zuzuführen, vielmehr ist es notwendig, es im Prozesse zu verfolgen. Endlich ist die Ausdrucksweise: „der Mann soll bezüglich seines Feldes befriedigt werden, (es) erwerben“ reichlich ungeschickt — das Feld gehört ja dem Einsprecher noch nicht — und legt den Gedanken an andere zur Anmeldung gelangende Rechte, z. B. Pfandrechte nahe, wozu aber *ilaqqi* in Z. 27 schlecht paßt.

[3]) Auch aus Theophrast kann ein amtliches Aufgebot nicht deduziert werden. Vgl. Weiß a. a. O. 853; anders nach deutschem Recht; Heusler II 87, Gierke II 275.

[4]) Sie kann als staatliche Behörde, in der die Stadt durch ihren Schreiber vertreten ist, charakterisiert werden. Denn die staatlichen Funktionäre überwiegen. Staatlich ist der *sukallu* des Königs, ein höherer Hofbeamter (vgl. Johns a. a. O. II 88 f., Klauber 54 f.), desgleichen die bereits genannten *qîpûtu*. Der *nagiru* wird wohl nur genannt als Vollzugsbeamter, nicht als Mitglied der Behörde selbst. Die letztere wird Z. 49 als *daianû* „Richter“ bezeichnet.

[5]) Etwas Ähnliches muß das *κατακυροῦν* bei Theophrast bedeuten.

[6]) Vgl. Heusler II 103 f.

dem Bann- und Friedewirken des Gerichts bei der gerichtlichen Auflassung. Am Ende des Verfahrens steht eine dreifache Beurkundung des Edikts.[1]) Für wen diese Ausfertigungen bestimmt waren, sagt uns der Text nicht, der hier abbricht. Vielleicht für die Behörde, Veräußerer und Erwerber, wahrscheinlicher jedoch für die Beamten, aus denen sich die Behörde zusammensetzt: den *sukallu*, die *qîpûtu* und den Stadtschreiber. In den Archiven dieser Beamten wurden demnach die Edikte über Grundstücksveräußerungen gesammelt[2]) und mußten in ihrer Gesamtheit einen Überblick über die Eigentumsverhältnisse an Grund und Boden ergeben. Vielleicht haben wir in ihnen die Elemente des assyrischen Grundbuchs zu suchen.

Eine Frage ist noch unerledigt geblieben. An welcher Stelle steht das Veräußerungsgeschäft selbst? Das Gesetz scheint uns darauf selbst die Antwort zu geben. Denn in Z. 37/38 heißt es, daß „sie (die Behörde) ihre (der Parteien?) Urkunden schreiben und ausfertigen solle". Demnach läge eine amtliche Beurkundung des Veräußerungsgeschäftes vor. Indessen möchte ich aus dieser Stelle keine Folgerungen ziehen, da sie anscheinend ein späterer Zusatz ist.[3]) So sind wir auf Vermutungen angewiesen. Eines wird sich aber doch mit Sicherheit behaupten lassen. Soll das Aufgebot, wie es das Gesetz regelt, einen Sinn haben, so können zur Zeit der Einleitung des Verfahrens zwischen Veräußerer und Erwerber nicht erst bloße Vorbesprechungen über ein zukünftiges Veräußerungsgeschäft vorgelegen haben, sondern bereits bindende Abmachungen. Erwägt man ferner, daß das babylonisch-assyrische Recht nur den Barkauf und keinen rein obligatorischen Kauf kennt, so wird man vielleicht vermuten dürfen, daß diese Abmachungen in gewissem Umfange auch die dingliche Übereignung umfaßten.[4]) Das Aufgebotsverfahren hätte demnach nicht den Zweck gehabt, dem Käufer erst das Eigentum zu verschaffen, sondern nur das rechtsgeschäftlich erworbene Eigentum gegen Einspruch Dritter zu

---

[1]) An die Beurkundung der drei Aufgebote zu denken verbietet die Charakterisierung des Herolds als „Herold der Richter" Z. 49.

[2]) Man kann damit die Metzer „Bannrollen" vergleichen, die auch nichts anderes waren als die aneinander geklebten Urkunden über die bei der gerichtlichen Veräußerung ergangenen richterlichen Aufgebote an die Einsprecher. Vgl. A. Schultze in dem oben zitierten Artikel.

[3]) Sie unterbricht den Gedankengang. Denn das das amtliche Edikt einleitende *mâ* in Z. 39 kann sich nur an *usasû* in Z. 36 und nicht an das vorhergehende *iddunu* (Z. 38) anschließen. Möglicherweise bezieht sich das „Schreiben der Urkunden" überhaupt nicht auf die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, sondern des Edikts, die das Gesetz erst in Z. 48 f. vorschreibt. Dies schon hier vorwegzunehmen, war vielleicht veranlaßt durch das vorhergehende Einschiebsel (Z. 33—35), das die Vorschrift des Stadtrechts auf alle Gemeinden ausdehnte.

[4]) Daß dieses Geschäft unter Mitwirkung einer Behörde vollzogen wurde, ist wenig wahrscheinlich angesichts des Umstandes, daß das Aufgebot ein privates war. In diesem Punkte würde also das assyrische Recht erheblich vom deutschen Recht abweichen, das das Aufgebot an die gerichtliche Auflassung knüpft.

sichern und zu festigen.[1]) Bedenklich macht freilich, daß an mehreren Stellen der Käufer als einer bezeichnet wird, der das Grundstück erst erwerben will (Z. 8, 12). Doch mag sich diese Ausdrucksweise daraus rechtfertigen, daß vor Ablauf der Ausschlußfrist sein Eigentum zufolge der Möglichkeit des Einspruchs Dritter ein revokables war.

Leipzig. P. Koschaker.

[1]) Das ist ja auch die Vorstellung der deutschen Rechtsquellen, die von „banno stabilire, stedigen" sprechen. Vgl. Heusler II 87.

Literatur.

Otto Th. Schulz, Vom Prinzipat zum Dominat. Das Wesen des römischen Kaisertums des dritten Jahrhunderts. (Drerups Stud. z. Gesch. u. Kult. d. Altert. IX. Bd. 4./5. H.) Paderborn 1919, 304 S.

Im Anschluß an seine Schrift über „das Wesen des römischen Kaisertums der ersten zwei Jahrhunderte" (VIII. Bd. 2. H. der gl. Samml.) untersucht Verf. die rechtliche Natur der römischen Kaisergewalt für die Zeit von 193—284/5 p. Es ist bekannt, daß er über dieses Problem Gedanken entwickelt hat, die sich in wichtigen Punkten mit der auf Mommsen zurückgehenden herrschenden Lehre in entschiedenem Gegensatz befinden. Sie haben unter den Historikern erheblichen Widerspruch erfahren (s. vor allem Gelzer, Woch. f. kl. Phil. 1916, 1013 ff., vgl. 1196 ff. und Sybels hist. Z. 118, 276 ff.), aber auch mehrfach Anklang gefunden (Kromayer, Lit. Zbl. 1916, 957 und diese Z. 37, 344 ff.; Reitzenstein, Nachr. v. d. K. G. d. W. z. Gött. 1917, 495). Ein Teil des vorliegenden Buches (S. 1—18) ist daher einer nochmaligen Festlegung der Ansicht des Verf. und der Auseinandersetzung mit den Opponenten gewidmet.

S. 18—21 enthalten einen methodischen Überblick. Wenn Verf. hier auch solche Partien der Scriptores Hist. Aug. für verwendbar erklärt, die vielleicht späteren Ursprungs sind, und zwar „soweit Einstimmigkeit betreffs der prinzipiellen Anschauung in der Überlieferung herrscht", so wird der juristische Leser, der aus dem eigenen Quellengebiete weiß, wie stark eine einzige byzantinische Nachricht im klassischen Gewande das Gesamtbild in einer bestimmten Frage verschieben kann, diesen Verzicht auf grundsätzliche Quellenkritik bedauern. Auch ist über den Umfang, in dem die urkundlichen Quellen ausgeschöpft wurden, nichts Bestimmtes gesagt („sind tunlichst ... heranzuziehen").

I. Über die Streitfrage, wie sich das Imperium des Prinzeps zu anderen Formen des Imperium verhält (Mommsen und Kromayer: imperium proconsulare maius, Schulz — vermutungsweise, S. 12. 275 —: umfassendes konsularisches Imperium i. S. der ältesten Republik, Gelzer — Syb. hist. Z. 118, 284 —: spezifisch kaiserliches Imperium) enthalten die Quellen des 3. Jahrhunderts meines Erachtens kein ent-

scheidendes Material. Die damals durchgeführte äußere Trennung von Imperatorstellung und ius proconsulare (Anm. 21) ist mit des Verf. Theorie ebenso vereinbar wie mit der Gelzers, und überdies scheint mir durchaus nicht festzustehen, daß die Römer selbst überhaupt ein festes Dogma über die staatsrechtliche Natur des kaiserlichen Imperium gehabt haben.

II. Konnte jemand, wie Mommsen (Staatsr.[3] II 842) lehrt, auch auf bloße Aufforderung einer Truppe das Imperium übernehmen, so war ein auf diesem Wege zur Macht gelangter Imperator trotz der theoretischen Souveränität des rechtlich handlungsunfähigen Volkes tatsächlich an keine Verfassung gebunden und daher grundsätzlich zu jeder Ausübung der Staatsgewalt, auch zur Gesetzgebung, legitimiert. Dagegen stand ein vom Senat mit dem Imperium bekleideter Prinzeps — und nur solche sieht Verf. bis 282 als rechtmäßige Herrscher an — von vornherein innerhalb der Verfassung, hatte also z.B. in der Gesetzgebung keine anderen als die ihm übertragenen Rechte. Jener hatte sozusagen ein originäres, dieser ein derivatives Imperium (vgl. auch Leifer, Einheit des Gewaltgedankens, S. 10). Die Kontroverse hat also wichtige Konsequenzen für die Lehre von den constitutiones principis. Sie kann im Rahmen dieser Besprechung nicht von Grund aus kritisch erörtert werden; denn die Hauptquellen gehören in das 1. und 2. Jahrh. Soweit die durchaus im Zeichen der Gewaltpolitik stehende Geschichte des 3. Jahrh. für staatsrechtliche Fragen überhaupt ergiebig gemacht werden kann, hat Verf. aber auch aus ihr eine Bestätigung seiner Lehre vom Wesen des Prinzipats abgeleitet. Ein Eingehen auf die einzelnen Tatsachen ist nicht möglich, nur einige grundsätzliche Bemerkungen müssen vom juristischen Standpunkt aus gemacht werden.

Kap. I—IV behandeln in historischer Folge, geschieden durch die Epochen 244/8, 268 und 276, Übertragung und Entziehung des Imperium der eigentlichen Kaiser (S. 21—181), Kap. V ist der „sogenannten Thronfolge", d. h. den Instituten der „Mitregenten" (Caesares) und „Mitherrscher" (Neben-Augusti) gewidmet (S. 181—219). Hierzu ist zu bemerken:

1. Die Senatsbeschlüsse, die militärischen Machthabern den Prinzipat zusprachen, sind öfters unter einem mehr oder minder starken Zwange ergangen (z.B. Didius Iulianus S. 27, Maximinus Thrax S. 54ff, falls hier überhaupt ein förmlicher Beschluß vorliegt; vgl. die S. 53 zit. Stelle Eutropius IX 1: „cum nulla senatus intercessisset auctoritas"), auch Täuschung des Senats über wesentliche Eigenschaften des Prätendenten kam vor (Philippus Arabs S. 34). In diesen Fällen scheint Verf. damit zu rechnen, daß der Senatsbeschluß wegen Willensmangels nichtig sei (s. dag. die richtige Auffassung S. 13). Dies ist wohl ein historisch und dogmatisch falscher Analogieschluß aus dem geltenden Recht (Verf. denkt offenbar an §§ 123, 142 BGB., wenn er sich S. 55 auf § 52 StGB. beruft). Bekanntlich galt einerseits im römischen Privatrecht das erzwungene oder erschlichene Rechtsgeschäft nicht grundsätzlich als nichtig oder mit Nichtigkeitserfolg anfechtbar, sondern war

nur im Zivilprozeß durch gewisse prätorische Rechtsmittel angreifbar, andererseits läßt sich der Staatsakt überhaupt nicht unter die Nichtigkeitsregeln der privaten Rechtsgeschäfte bringen (vgl. etwa Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt 106ff.; O. Mayer, Verwaltungsrecht[2] II 97f.). Hatte also der Senat einmal zugunsten eines Prätendenten gesprochen, so mußte dieser — gerade nach der Theorie des Verf. — auf alle Fälle als rechtmäßiger Herrscher angesehen werden, bis ihm der Senat, etwa nach Wegfall des militärischen Druckes, das Imperium wieder entzog.

2. In einigen Fällen (Pertinax S. 26, Elagabal S. 48) beruft sich Verf. auf mißbilligende Urteile der Quellen über den gewaltsamen Sturz der betreffenden Kaiser durch die Truppen als auf Gegenbeweise gegen deren von Mommsen (Staatsr.[3] II 1133) behauptetes Absetzungsrecht. Es handelt sich indessen dort nicht nur um Absetzung, sondern um Tötung des Prinzeps, ein Verfahren, das man doch kaum als rechtmäßig anerkennen konnte, ohne den ersten Mann im Staate geradezu für vogelfrei zu erklären.

3. Schließlich ist meines Erachtens auch das noch zu bedenken: Das Urteil über die Rechtmäßigkeit einer Handlung gewinnt eine ganz besondere Färbung, sobald es sich um Einsetzung eines höchsten Staatsorganes handelt. Die Legalität läßt sich hier in aller Regel nicht gerichtlich nachprüfen, der neue Gewalthaber wird meist selbst bis zu einem gewissen Grade Quelle des Rechts, die Gewalt sprengt in solchen Fällen die Ketten der Rechtsordnung. Wir kennen das alle vom November 1918 und März 1920 her aus eigenster Erfahrung. Nun war gerade das 3. Jahrh. unbestritten eine Zeit der „permanenten Revolution“, und nur gegen Mommsens (a. a. O.) Behauptung, es habe „die rechtlich permanente Revolution“ geherrscht, wendet sich der Widerspruch des Verf. Hält man damit zusammen, daß Mommsen (S. 842) „die Bezeichnung des Imperators durch den Senat — als das schicklichere und mäßigere und dem Gemeinwesen ersprießlichere Verfahren“ zugibt, so spitzt sich der Gegensatz dahin zu, daß Mommsen die Proklamation durch das Heer als eine rechtmäßige, Schulz als eine unrechtmäßige Durchbrechung des normalen Ganges der Staatsgeschäfte ansieht. Die Synthese zwischen beiden muß meines Erachtens zu finden sein, wenn man die Mommsensche Behauptung der Rechtmäßigkeit dahin abschwächt, daß die öffentliche Meinung sich daran gewöhnt hatte, gegen erfolgreiche Putschisten nicht grundsätzlich zu reagieren. Die „reinen Militärkaiser“ wären also Usurpatoren, die der Senat — wenigstens vorübergehend — „anerkannte“ (vgl. z. B. für Maximinus: Victor, Caesares 25, 1 „approbaverunt“ S. 53) und die sich dafür ihrerseits stillschweigend in die bestehende Verfassung einordneten. Damit würde es erklärt sein, daß auch sie in der Ausübung der Staatsgewalt, vor allem in der Gesetzgebung, keine anderen Rechte beanspruchten als die „rechtmäßigen“ Senatskaiser. In dem Augenblick, als man aufhörte, auf die Anerkennung durch den Senat Wert zu legen — Verf. erklärt S. 171f. als den entscheidenden

Wendepunkt, namentlich auf Grund von Victor, Caes. 37, 5, die Erhebung des Carus, 282 p. — war der Prinzipat als Staatsform zu Ende; der nächste Herrscher, dem die Zeit zu großen Reformen blieb, Diokletian, wurde der Begründer der absoluten Monarchie.

III. Das VI., VII. und VIII. Kap. (S. 220—265) sind, wie S. 18 ausdrücklich betont wird, Problemen gewidmet, bei denen nur einzelne Seiten noch kritischer Beleuchtung bedürfen: es sind die Fragen der tribunicia potestas (vorwiegend chronologische Ausführungen), der besonderen Befugnisse und Ehrungen, schließlich der sakralrechtlichen Stellung der Prinzipes. Alle diese Gegenstände sind, ebenso wie die in 7 Exkursen behandelten Einzelprobleme, vorwiegend für den Historiker von Interesse. Es muß daher an dieser Stelle ein Hinweis auf sie genügen.

IV. Überblickt man die Zusammenstellung der Ergebnisse (S. 266—280), so wird man dem Verf. Dank wissen, daß er seine Theorie auch für das 3. Jahrh. durchgeführt hat, eine Periode, in die der Nichtspezialist ohne sachkundige Führung schwer eindringen kann. Daß Mommsens kühne Theorie von der „rechtlich permanenten Revolution“ durch die Ergebnisse beider Schriften des Verf. stark erschüttert wurde, wird man als Tatsache buchen müssen; die Sicherheit dagegen, mit der er selbst (z. B. S. 266) „das alleinige Recht des Senats als Vertreters des Populus Romanus, den Prinzeps zu ernennen und abzudanken“, behauptet, bedarf meines Erachtens einer Einschränkung durch allgemeine Erwägungen über das Verhältnis von Rechtsordnung und Revolution, wie sie oben (II 3) skizziert wurden.

Leipzig. Hans Kreller.

Friedrich Oertel, Die Liturgie. Studien zur ptolemäischen und kaiserlichen Verwaltung Ägyptens. Leipzig, Teubner 1917. VIII und 452 S.

Das in Fachkreisen längst erwartete Buch, dessen erster Teil bereits 1912 als Leipziger Dissertation erschien — die Verzögerung der Gesamtausgabe war eine Folge der schlimmen Zeiten —, entstammt der Schule Ulrich Wilckens. Was es für die historische Forschung bedeutet, brauche ich an dieser Stelle nicht zu sagen, dem weiteren Leserkreis dieser Zeitschrift wird es genügen, aus einer kurzen Skizze des Inhalts zu ersehen, welche Fülle verwaltungsgeschichtlichen Materials hier zum Gebrauche des juristischen Bearbeiters der gräko-ägyptischen Urkunden bereitliegt. An juristischen Problemen fehlt es nicht, und es wäre sicher eine lohnende Aufgabe, mit den Mitteln der modernen Verwaltungsrechtstheorie ihre Lösung zu versuchen und aus der Verwirklichung, welche die Begriffe der Zwangsdienstpflicht (O. Mayer, Verwaltungsrecht [2] II 294 ff.), des Ehrenamtes (ebda. 305 ff.), der öffentlichen Last (ebda. 382 ff.) und der öffentlichen Unternehmung (ebda. 431 ff.) im ptolemäischen und römischen Staate gefunden haben, einen

Beitrag zum Bilde jener Staatswesen zu gewinnen. Der Verfasser hat dankenswerterweise diese außerhalb seines Faches liegende Aufgabe nicht unternommen, ja überhaupt, was man bedauern mag, aber bei der Natur des Quellenmaterials für durchaus gerechtfertigt halten muß, seine Absicht, in einem besonderen Teile „die Liturgie von ihrer formalen Seite zu erfassen und die Normen der Verteilung, Qualifikation, Befreiung, Heranziehung, Stellvertretung, Haftung, Finanzierung und anderes" zu erläutern (S. 5), schließlich nicht ausgeführt. Wo er im einzelnen zu Rechtsfragen Stellung nehmen muß, geschieht dies mit gutem Einfühlen in unsere Denkart, fast immer auch mit richtiger Verwendung der schulmäßigen Begriffe. S. 103f. ist das Verhältnis von Pacht(zinspflicht), Fronde und sog. Reallast — die beiden ersten Worte bezeichnen tatsächlich zwei mögliche Inhalte des letztgenannten Begriffes — nicht recht zum Ausdruck gekommen; S. 105 würde man als Jurist statt (Reallast), „die, sofern der Besitzer des Grundstücks nicht wechselt, gleichzeitig eine Erblast ist" zu lesen wünschen: „die mit dem Grundstück durch Rechtsgeschäft und im Erbgang auf andere übergeht." Irrtümlich ist die Darstellung der Lehre von Lusignani-Mitteis über die justinianischen Änderungen im Rechte des receptum nautarum (S. 431) und die Verwendung des Ausdrucks vis maior für casus S. 256 u. 308.

Den Gegenstand der Untersuchung bildet die „Liturgie im technischen Sinne", worunter Verf. „den zwangsmäßig von Staat oder Kommune auferlegten Dienst für das Gemeinwesen" versteht (S. 3). Man beachte, daß unter diesen Begriff außer der von Wilcken (Grundz. I 330. 339) sog. Amtsliturgie, dem „gesetzmäßig erzwungenen" Dienst als Beamter, auch die zwangsmäßige Verwendung als Handarbeiter („Fronde") oder als eigenwirtschaftlicher Träger bestimmter Verwaltungszweige („Zwangspacht, Zwangsunternehmen") fällt. Ausgeschieden werden diejenigen Erscheinungen, bei denen Leistungen für das Gemeinwesen auf Grund der für Ägypten charakteristischen „traditionellen Gebundenheit" von Angehörigen gewisser sozialen Schichten erbracht werden. Verf. spricht hier von „Halbhörigkeit" (S. 5) und findet mit Recht das wesentliche Merkmal dieses Zustandes in seiner unbegrenzten Dauer, während der Zwangsdienst freier Menschen grundsätzlich als befristet gedacht werden muß (S. 4). Rechtshistorisch wertvoll ist die Beobachtung, daß den auf Halbhörigkeit beruhenden Pflichten bestimmte Rechte entsprechen. Ein Grundgedanke des feudalen Leiherechts findet also in der privatwirtschaftlichen Staatsauffassung des vorgriechischen Ägypten (Obereigentum des Pharao!) sein Gegenstück, während der klassisch moderne Staat bestrebt ist, Privat- und öffentliches Recht zu trennen. Nur zum Vergleich wird der frei übernommene Beamtendienst besprochen.

In der ptolemäischen Zeit findet Verf. Dammfronden — quantitativ beschränkt — zur laufenden Unterhaltung der Nildämme neben Lohnarbeit bei Wasserbauten zu Meliorationszwecken, zu der die halbhörige Bevölkerung herangezogen wurde (S. 10—18), nur die letztere Form

der Arbeiterbeschaffung in Bergwerken und Steinbrüchen, wo außerdem abkommandierte Soldaten beschäftigt wurden (S 18—24). Als Inhalt öffentlichrechtlicher Reallasten werden Zwangslieferungen, Transportmittelgestellungen und Quartiergewährung erwähnt (S. 24—26). Zwangspacht und Zwangsunternehmen scheint von der Staatskunst der Lagiden nur ausnahmsweise, und eher den Eingeborenen als den Griechen gegenüber zur Anwendung gebracht worden zu sein (S. 26—32). Auch hat man wohl nur in Notfällen die Untertanen zur Übernahme niederer Amtsfunktionen gepreßt (S. 46—58), während die Vorsteher und Vertreter berufsständischer Korporationen, soweit bekannt, ihre Stellung und die damit verbundene Haftung stets freiwillig übernahmen (S. 34—46), und auch Zwang zur Übernahme von *ἀρχαί* (honores) nicht vorkommt (S. 58—61).

Für die römische Zeit (einschl. d. 4. Jahrh.) wird die Dammfronde in ihren verschiedenen Formen dargestellt und von dem System der reallastmäßig verteilten Deichpflicht geschieden, durch das sie bis zum 4. Jahrh. verdrängt wird (S. 63—82). In dieser Spätzeit werden auch auf anderen Gebieten zwangsmäßig körperliche Arbeiten im öffentlichen Interesse geleistet (Bergbau, Binnenschiffahrt etc.), und zwar von Lohnarbeitern, deren Besoldung steuerartig auf Gemeinden und Grundbesitzern ruht (S. 82—88). Requisitionen für Heer und Verwaltung erfolgten ursprünglich regelmäßig gegen Entschädigung, später in der Form steuermäßiger Umlage im Bezirk (S. 88—94). Auch für die Geschichte des Privatrechts wichtig sind die Beziehungen der Dominialpacht zur Liturgie (S. 94—111). Den Bauern wurden Domänenparzellen zur Zwangspacht überwiesen, teils direkt (Losung, *διαίρεσις*), teils gemeindeweise (*ἐπιμερισμός*). Die vollfreien Grundeigentümer mußten sich einen Zuschlag von Staatsland zu ihren Grundstücken (*ἐπιβολή*) gefallen lassen. Inhalt der so entstehenden Reallast ist Zahlung von Pachtzins, nicht Leistung von Diensten. Mehrfach ist „das Prinzip der reinen Reallast durchbrochen" (persönliche Befreiung von Frauen etc., Möglichkeit, bei der Eigentumsübertragung die Last vom Grundstück zu trennen). Noch nicht spruchreif ist nach dem Verfasser die Frage nach der Stellung der Pächter im Latifundienbetrieb. — Über die im Reiche zur Zwangspacht werdende Pacht von Staatsbetrieben und Steuern fehlen klare Zeugnisse aus Ägypten (S. 111—115). Die in Gilden organisierten Transportunternehmer (*ὀνηλάται, ναύκληροι* etc.) werden spätestens Mitte des 3. Jahrh. zu Liturgen (S. 116—131). In der korporativen Organisation der Stände und ihrer Eingliederung in die Staatsverwaltung wirken neben der Liturgisierungstendenz Ideen des griechischen Vereinswesens (S. 34. 131—134) und Sonderbestrebungen der Religionspolitik (S. 134—142). Aus systematischer Verarbeitung des vom Verf. trefflich gesichteten Materials — wir hoffen hier auf die Fortsetzung von San Nicolòs Ägyptischem Vereinswesen — ist weitere Klärung der in Fülle auftretenden Rechtsfragen (Selbstverwaltung, Abgrenzung des kommunalen vom staatlichen Aufgabenkreis) zu erwarten. Ähnliche Probleme ergeben sich, wenn man unter des Verf.s

sicherer Führung — seine Beamtenliste (S. 143—357) ist ein unentbehrliches Hilfsmittel der Papyrusexegese geworden — den Weg verfolgt, den die römische Verwaltungspraxis eingeschlagen hat, um Aufgaben der Gesamtheit unter Benutzung persönlicher Eitelkeit auf die Schultern einer geknechteten Bevölkerung abzuwälzen. Der leitende Gedanke dieser Politik ist, wie Verf. mit Recht betont, der Wunsch nach Haftungsträgern. Die römische Bureaukratie suchte überall jemanden, der „dafür verantwortlich ist, daß . . .“ (ich denke an den militärischen Sinn dieser Wendung). Das Verschuldungsprinzip stand nicht so im Vordergrunde wie heute (vgl. z. B. das Defektenverfahren nach R. Beamt. G. § 141), vielmehr statuierte man in weitem Umfange eine „Gefahr“ des Beamten für Ausfälle. Verf. spricht hier recht anschaulich von „bedingten“ munera patrimonii bzw. mixta, die nur im Defektenfalle, im Gegensatz zu „unbedingten“ munera dieser Art, die unter allen Umständen ihren Trägern Vermögensopfer auferlegen (S. 145, 1). Wenn er andererseits beim reinen munus personale „Haftung für Verschulden“ voraussetzt, so postuliert er damit eine allgemeine Schadenersatzpflicht aus dem Verschuldungsprinzip, die das römische Recht nicht kannte. Dieses stellte bekanntlich auch hier kasuistische Normen auf, etwa die der lex Aquilia oder — für das munus der Tutel, D. 50, 4, 18, 1 — die Haftungsregeln der actio tutelae. Ich glaube daher, daß man ein munus personale wirklich „sine aliquo — detrimento“ (D. l. c.) verwaltete, soweit nicht Spezialbestimmungen — etwa die in D. 48, 13 genannten Strafgesetze — eingriffen, während das hinzutretende „damna sustinere“ (D. l. c. § 27) ohne Rücksicht auf Verschulden Platz griff und das munus zum mixtum machte.

Die zentrale Stellung des Haftungsgedankens rechtfertigt es, daß Verf. die Bevölkerung nach ihrer wirtschaftlichen Lage (*πόρος* = [fundiertes] Vermögen? S. 144, 2) in Klassen einteilt, um ein System der Beamtenhierarchie zu konstruieren. 5 Gruppen von Ämtern — die beiden obersten sind *ἀρχαί* — werden unterschieden, von denen jede die Zugehörigkeit zu einer bestimmten *πόρος*-Klasse als Mindestmaß der benötigten Haftungsgrundlage voraussetzt. Sie werden teils vom Staate selbst, teils von lokalen Stellen unter staatlicher Bestätigung vergeben, die Amtsdauer ist bei jenen regelmäßig 3 Jahre, bei diesen 1 Jahr. Die Entwicklung zeigt eine Tendenz zugunsten der letzteren Gruppe („Munizipalisierung“), die ebenso wie das Prinzip des Übernahmezwanges („Liturgisierung“) nach Ansicht des Verfassers etwa in der zweiten Hälfte des 1. Jahrh. entscheidend zum Durchbruch kam und sich mit der Einführung der Ratsordnung für die Metropolen (202 p.) und mit der Verwandlung der Gaue in Stadtterritorien im 4. Jahrh. unter dauernder Verstärkung der Belastung und des Zwanges vollendete. Das Ergebnis war der wirtschaftliche Ruin der zahlenmäßig immer mehr zusammenschrumpfenden liturgiepflichtigen Bevölkerung, die Teilung des Volkes in wenige Grundherren und eine von deren Solde lebende besitzlose Masse (S. 357—405).

Die Berufung zum Amte des Vormunds wird in einem Exkurs mit

dem Verfahren bei Bestellung öffentlicher Beamten verglichen und dabei gezeigt, wie sich der Übernahmezwang beim Mangel an freiwilligen Bewerbern einstellt. Für die Zuständigkeit zur datio tutoris ist heute noch zu beachten, daß Solazzi (Sulla compet. dei mag. mun. etc., Atti del Ist. Ven. 77 II) neuerdings die Ansicht begründet, zur Bestellung eines römischen tutor seien vor Justinian die Lokalmagistrate grundsätzlich nicht berufen gewesen. Damit verlieren Anrufungen des Präfekten wie Chrest. II 324 und 325 doch wohl ihre Besonderheit, so daß die an sich ansprechende Vermutung des Verfassers (S. 408, 5), es habe ein besonderes Tutelgesetz für die antoninischen Neubürger gegeben, jetzt ohne Quellengrundlage ist.

Neben den liturgischen Ehren- und Zwangsbeamten arbeiten subalterne Berufsbeamte verschiedener Stufen in gildenmäßigem Zusammenschluß (S. 410—423).

Liest man am Schluß die Einordnung der Ergebnisse in den größeren Zusammenhang der römischen Verwaltungsgeschichte, so wird man sich bewußt, wieviel Positives die exakten Forschungen des Verf. zutage gefördert haben, wodurch sie auch dem Rechtshistoriker nicht nur fachliche Hilfe, sondern auch eine schöne Bereicherung des geschichtlichen Gesamtbildes bringen.

Leipzig. Hans Kreller.

Emilio Costa, Prof. ord. di Diritto nell' Università di Bologna, Profilo Storico del Processo Civile Romano. Roma, Athenaeum 1918. XIV und 229 S.

Ein dem modernen Stande der Wissenschaft entsprechender kurzgefaßter Grundriß des römischen Privatprozeßrechts — ich verwende im folgenden mit C. den zwar ungenauen, aber in Literatur und Schule eingewurzelten Terminus: Zivilprozeß [1]) — ist schon längst ein Bedürfnis. Vollends die deutsche Literatur, der die Erneuerung der Wissenschaft vom römischen Zivilprozeß seit Bethmann-Hollweg und Keller die Werke Wlassaks und Lenels, um nur zwei Namen zu nennen, verdankt, harrt noch einer allen modernen Forschungen gerecht werdenden lehrbuch- oder grundrißartigen Darstellung. Wlassaks Prozeßgesetze und die vielen Monographien und kleinen Aufsätze dieses Meisters der römischen Prozeßrechtswissenschaft, und was andere unmittelbar oder mittelbar unter seinem Einflusse geschrieben haben; die von Mitteis für das ägyptische Prozeßrecht der Römerzeit ins Werk gesetzte, nunmehr in einer Arbeit Wlassaks für alle römischen Provinzen zum Abschluß gebrachte Geschichte des römischen Provinzialprozesses [2]), all das heischt zusammenfassende Bearbeitung.

[1]) Vgl. auch Costa in dem gleich im Text genannten Werke Cicerone Giurisconsulto III, 6 [1].

[2]) Wlassak, Zum römischen Provinzialprozeß. S.-B. Wien. Akad. 1919. Dazu Mitteis, diese Zeitschr. 40 (1919), 360 ff.; Kübler, Berl. phil. Woch.

Girard und seine Pariser Schule hat, wenn auch in manch wichtigen und grundlegenden Fragen in scharfem Gegensatz zu Wlassak, reichlich fördernd zur Forschung beigetragen — wobei ich freilich sogleich bedauernd feststellen muß, daß mir die neueste französische Literatur (seit 1914) unbekannt geblieben ist. Italienische Romanisten haben ihren redlichen Anteil an der neuen Arbeit, und Costas Name ist unter diesen an erster Stelle. Sein großes, in den Memorien der Kgl. Akademie der Wissenschaften von Bologna seit 1911 erschienenes Werk Cicerone Giureconsulto, das seit 1919 vollendet in vier Teilen vorliegt, behandelt im 3. Teil (1916) den Zivilprozeß der ciceronianischen Zeit. Hier hat C. in handbuchartiger Breite auf die schwierigsten Fragen des Spruch- und Schriftformelverfahrens eintreten können. Im vorliegenden Profilo muß alles kürzer und gedrängter erscheinen.

Die zugrunde gelegte Einteilung des römischen Zivilprozesses nach seiner historischen Entwicklung in ein erstes Entwickelungsstadium, den ordo iudiciorum privatorum mit notwendiger Spaltung des Verfahrens in das in iure vor dem Jurisdiktionsmagistrat und das in iudicio vor dem von den Parteien als Schiedsrichter erwählten, vom Magistrat autorisierten Geschworenen, und in das zweite Entwickelungsstadium, das der extraordinaria cognitio, das sich nach herkömmlicher Auffassung prinzipiell ganz vor dem Magistrat abspielt — diese Einteilung hat bekanntlich schon durch die von der Papyrologie vermittelte nähere Bekanntschaft mit dem zwar extraordinären, aber doch nicht durchwegs notwendig vor einem Magistrat abgewickelten, sondern häufig an Unterbeamte weitermandierten Verfahren im ägyptischen Prozeßrecht eine andere Prägung erhalten. Wlassaks genannte Ausführungen zum Provinzialprozeß hätten da den Verfasser vielleicht zu einer schärferen Formulierung der Tatsache veranlaßt, daß der einschneidende Unterschied zwischen früher und später nicht gerade in dieser Teilung zu suchen ist. Denn diese findet sich auch im extraordinären Beamtenprozeß. Der ordo iudiciorum ist die Prozeßform mit notwendiger gerichtsverfassungsmäßig gebotener Scheidung in das Verfahren in iure vor dem Gerichtsmagistrat und das in iudicio vor dem Volksrichter[1]), während die Beamtenkognition es dem Beamtenrichter freistellt, das ganze Verfahren nach einem formelartigen Programm bis zum Urteil selbst zu erledigen[2]) oder zu einem Teil von einem ihm unterstellten Unterrichter erledigen zu lassen.[3]) Wird ein solcher Gehilfe zur Urteilsfällung nach einem bestimmten Prozeßprogramm bestellt, so sieht äußerlich der Prozeß dem ordo iudiciorum ähnlich genug, ist aber, wenn man nach seinem innersten Wesen

---

1920, 411 ff.; Koschaker, Deut. Lit.-Z. 1920, 361 ff. Es ist schade, daß C. dieses Werk noch nicht mit verwerten gekonnt hat. Vgl. unten den folgenden Text.

[1]) Für Rom ist der Ausdruck Laienrichter nicht so wohl angebracht wie für uns.

[2]) Über Formeledition bei Eigenkognition Wlassak a. a. O. 26 f.

[3]) Wlassak a. a. O. 24 f.

forscht, doch nur eine Spielart der Beamtenkognition. So ist der Gebrauch der Formel[1]) oder, wenn man ob ihrer denaturierten Gestalt lieber so sagen will, der „Quasiformel“ eine auch in der extraordinaria cognitio gegebene Möglichkeit und die Abschaffung der Formel nicht notwendiges Korrelat zum siegreichen Durchdringen der Beamtenkognition. Diese setzt vielmehr in den Provinzen mit einem von Wlassak sogenannten „verstaatlichten Formularprozeß“ ein.[2]) Dieses provinzialprozessuale Entwicklungsstadium wird in Hinkunft bei jeder auch noch so summarischen Behandlung des Zivilprozesses eine bedeutendere Rolle in jeder Darstellung zu spielen haben und auch die entsprechenden Partien bei C. wären, wenn ihm Wlassaks Buch bereits vorgelegen hätte, gewiß schärfer ausgefallen. Damit soll nicht gesagt sein, als wären dem Verfasser diese Gedankengänge etwa fremd. Wer im Profilo die Seiten 139ff. und besonders S. 149 aufmerksam durchliest, findet Ausführungen, denen er die Zustimmung gerne geben wird. Anderseits ist in vortrefflicher und manchmal ganz neuer Beleuchtung das Wesen der neuen so ganz den Charakter des ehemaligen privaten Schiedsverfahrens mit nur hinzutretender staatlicher Autorisation überwindenden Beamtenkognition dargestellt. Besonders gut zu wirken schien mir in dieser Hinsicht die Gegenüberstellung der grundsätzlich festgehaltenen Parteiherrschaft und Verhandlungsmaxime[3]) im ordo iudiciorum und der einsetzenden Instruktionsmaxime mit amtlicher über die Parteientätigkeit hinausreichender Wahrheitsermittlung (S. 143f.).

So ließen sich außer generellen eine Fülle einzelner Beobachtungen machen, die einem interessierten Kreise zu zeigen vermöchten, wie wertvoll das Buch ist, und wie sehr seine Lektüre auch denjenigen empfohlen sein mag, deren wissenschaftliche Hauptarbeit nicht auf dem Gebiete des römischen Zivilprozesses gelegen ist. Aber der zur Verfügung stehende Raum gestattet nur noch ein paar Zeilen. Ihn möge ein Hinweis auf die (S. 147) kurz gestreifte episcopalis audientia ausfüllen. C. zitiert da S. 148 eine mir und vielleicht auch anderen deutschen Fachgenossen unbekannt gebliebene Schrift von De Francisci, Per la storia dell' episcopalis audientia fino alla nov. XXXV (XXXIV) di Valentiniano; Auszug aus den Annali della facoltà di giurisprud. della Univers. di Perugia XXX (1915). Ich kann dazu aus

---

[1]) Ich darf hier in bewußt ungenauer Sprechweise der gebotenen Kürze wegen von der ebenfalls Wlassak (vgl. a.a.O. S. 4 [1] und ö.) verdankten Unterscheidung zwischen Formel und iussum iudicandi, einem Unterschiede, der ja hier mit bedeutend hereinspielt, absehen. Eine eigene Arbeit Wlassaks über den Judikationsbefehl ist a.a.O. in Aussicht gestellt.

[2]) A. a. O. 23ff. Vgl. zustimmend Mitteis, Sav.-Zeitschr. 40, 362 [2].

[3]) Vgl. darüber etwa Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts I (1912), 404f. und die sonstige deutsche Prozeßliteratur. [Aus der neuesten italienischen Literatur zum modernen Prozeßrecht vgl. das soeben erschienene Buch des Sohnes des Verf.s, Avv. Antonio Costa, Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali (Bologna 1921) S. 22ff. u. ö. Korr.-Zusatz.]

den für die Papyrologie der späteren byzantinischen Zeit hochbedeutsamen Studien zu den koptischen Rechtsurkunden aus Oberägypten von A. Steinwenter (= Wessely, Studien XIX, 1920) auf dessen allerdings mehr programmatische Bemerkungen über die kirchliche Gerichtsbarkeit in Ägypten im 8. Jahrh. verweisen, in einer Zeit, die freilich nur mehr in losem Zusammenhang mit der von C. behandelten Epoche zu stehen scheint.

Und ich möchte mit diesem gegenseitigen Nehmen und Geben auf wissenschaftlichem Gebiete als gutem Omen für eine neue und bessere Zukunft geschlossen haben.

München. L. Wenger.

Emilio Costa, Professore ordinario di Diritto nell' Università di Bologna, Le Acque nel Diritto Romano. Bologna. Nicola Zanichelli 1919. XIV und 117 S.

In diesem Büchlein stellt Costa das römische Wasserrecht dar. Quellen und Literatur des In- und Auslandes sind in der bei Costa gewohnten Weise gewissenhaft verwertet, so daß das Buch als neueste Bearbeitung eines nicht bloß rechtshistorisch interessanten Grenzgebietes zwischen öffentlichem und privatem Recht, sondern auch eines rechtspolitisch für das vom Verfasser in Betracht gezogene italienische Recht der Gegenwart und über dieses hinaus auch für uns aktuellen Gegenstandes wertvoll ist. Wie sehr unser noch partikularrechtlich geordnetes Wasserrecht mit römischen Satzungen durchsetzt ist, zeigt schon ein Blick in die kurzen Zusammenfassungen, welche diesem Rechtsgebiete in unseren Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts gewidmet sind. Vgl. etwa Dernburg III, §§ 135ff. Enneccerus-Wolff II, 1 §§ 99ff. und für das römische Recht Dernburg-Sokolowski, System I § 61 — wo überall Hinweise auf die große Literatur. Costa behandelt zunächst die durch keine klare Quellendefinition belegte, wohl auch mehr aus praktischen Gesichtspunkten heraus in den einzelnen Fällen gemachte, als theoretisch scharf durchgeführte Scheidung der Gewässer in solche des öffentlichen und des privaten Rechts. Erstere Kategorie überwiegt: als maßgebliche Gesichtspunkte erscheinen besonders das Hinfließen über nicht Privaten gehöriges oder zugeteiltes Land, der Ursprung auf Nichtprivatland, insbesondere in bergiger Gegend. Dann werden die öffentlichrechtlichen Grundsätze der öffentlichen, die Privatrechte an den privaten Gewässern besprochen. Ein Ausblick auf das moderne italienische Recht und den Gewinn, den dieses aus der Regelung des Wasserrechts im alten Rom schöpfen kann, schließt die Untersuchung ab. Wer sie durchmustert, wird wieder einmal inne, wieviel an verwaltungsrechtlichem Material auch zu dieser Frage in den römischen Quellen steckt, besonders in den Digesten und den Feldmesserschriften.

Auf Einzelheiten einzugehen ist kein Raum, wohl aber möchte ich zwei durch die Lektüre dieser Schrift neu bestärkte allgemeinere Ge-

danken hervorheben. Man hat wiederholt auch in neuerer Zeit das „römische Recht“ als den Hort der kapitalistischen Ordnung hingestellt, über die wir mit unserer von sozialen Bestrebungen erfüllten Gegenwart hinauskommen, und von der wir uns gründlichst abwenden müssen. Diese tadelnde Charakteristik ist in vieler Hinsicht begründet — man braucht nur Sklavenrecht und Latifundien zu nennen. Aber einerseits ist eine kapitalistische Rechtsordnung durchaus nicht — wie gelegentlich oberflächliche Übertreibung zu sagen beliebt — auf das römische Recht allein zurückzuführen, anderseits weist auch das römische Recht des Altertums Partien auf, in denen — um in der Gedankenwelt unserer neuen Reichsverfassung (vgl. Art. 153) zu sprechen — die Gesetze dem Eigentum so viel Schranken setzen, daß man von ihm nicht mehr sagen kann, es sei bloß individuelles Recht, sondern sein Gebrauch sei vielmehr nicht weiter möglich, als es das gemeine Beste zuläßt. Es ist bezeichnend für die vielleicht oft unbewußte Durchdringung all unseres Denkens mit den sozialen Problemen unserer Zeit, daß der Verfasser dieser Schrift gerade darauf ganz besonderes Gewicht legt, zu untersuchen, wieweit die öffentlichen Gewässer überhaupt dem Privatrecht unterworfen werden könnten, und zur Antwort kommt, daß dies nur möglich sei: per servigi che dagli organi competenti fossero giudicati innocui alla loro pubblica e sociale destinazione. Costa zitiert im Vorwort auch einen Satz des Romanisten und Staatsmannes Scialoja, wonach „il diritto dei Romani anche in materia di acque si avvicina molto più al diritto modernissimo, che non al diritto immediatamente precedente al nostro“. Das veranlaßt zu einer anderen allgemeinen Bemerkung. Das öffentliche Recht der Römer, wie überhaupt weiterhin der antiken Welt, tritt in neuester Zeit uns immer näher. Was das römische Privatrecht uns zu bieten vermochte, das hat die gemeinrechtliche Dogmatik redlich ausgeschöpft. Es hat seinen Niederschlag — ich spreche natürlich zunächst vom deutschen Standpunkte aus — in unserem BGB. und seiner Dogmatik gefunden. Jetzt tritt das öffentliche Recht der Antike in den Vordergrund. In unseren modernen Demokratien — mag man ihnen politisch als Freund oder Feind gegenüberstehen — ist für die verfassungsrechtlich vorgesehene staatsbürgerkundliche Erziehung (R. V. Art. 148) in vieler Hinsicht mehr aus den Erfahrungen der attischen und römischen Volksherrschaften als aus langen Zeiträumen unserer heimischen Geschichte zu gewinnen. Ich habe in diesem Sinne schon in der Zeit vor dem Kriege für eine eingehendere Verwertung des öffentlichen Rechts der Antike im Universitätsunterrichte geworben (vgl. Die Stellung des öffentlichen römischen Rechts im Deutschen Universitätsunterrichte, Wien 1907), und brauche das für das Verfassungsrecht jetzt kaum mehr zu wiederholen (vgl. auch meinen Zusatz in v. Gareis, Rechtsenzyklopädie [5] 1920, 231 [53]). Costas Buch zeigt nun an einem Ausschnitte, wie auch das Verwaltungsrecht der Antike für die Gegenwart fruchtbar werden kann.

Costa hat als Anhang noch zwei während der Jahre 1915/16 erschienene Aufsätze aufgenommen, die in B. I. D. R. XXVII und der

Rivista di diritto internazionale V erschienen sind. Der eine Aufsatz handelt über La condizione giuridica dei torrenti nell' età Romana, der andere mit wiederum stark aktueller Beziehung zur Gegenwart über Meer und Meeresufer im römischen Recht (Il mare e le sue rive nel diritto romano). Die im Sommer versiegenden Gießbäche der Berge Italiens sind entgegen der herrschenden Anschauung in mancher Hinsicht durchaus nicht schlechthin den privaten Gewässern zuzuzählen. Auch hierin berührt sich das ältere römische Recht mehr mit der italienischen Gegenwart, als dies die mittelalterliche und bis in die neueste Zeit herrschende Doktrin wahr haben wollte. Die Abhandlung über das Meer aber zeigt die sich kreuzenden, durchaus nicht einheitlichen Denkformen, in denen sich das römische Recht bewegt hat, besonders die Gegensätzlichkeit der Auffassung der rechtlichen Natur der Meeresufer als res omnium communes oder res publicae. Auf die interessanten dogmengeschichtlichen Ausführungen hierzu einzugehen muß ich mir versagen. Während das Wasserrecht der Bergbäche, aber auch der Flüsse und Seen stets stark lokal gefärbt ist und bleiben wird und partikularrechtliche Untersuchungen veranlaßt[1]), sind die Fragen des Aufsatzes über das Meer solche von universalrechtsgeschichtlicher Bedeutung.

München. L. Wenger.

Paul M. Meyer, Juristische Papyri. Erklärung der Urkunden zur Einführung in die juristische Papyruskunde. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung 1920. VIII und 380 S.

Eine ganz ausgezeichnete neue juristische Papyruschrestomathie für Anfänger. Sie unterscheidet sich von meiner eigenen dadurch, daß ihr der sozusagen „theoretische" Teil, die „Grundzüge" (mein Band 1) fehlt; auf den hätte ja auch ich im subjektiven Interesse gern verzichtet, denn ich hatte die Zeit viel schöner gefunden, wo der Anfänger in der Papyrologie alles aus dem Munde des Lehrers bekam, wie zu den Zeiten vor Erfindung der Buchdruckerkunst. Nur das objektive Erfordernis der Wissenschaft hatte die Herstellung dieser Übersicht verlangt; daß Meyer jetzt auf eine solche verzichtet, halte ich für sehr richtig. Seine Chrestomathie, die äußerst praktisch angelegt ist, unterscheidet sich von meinem „Band 2" vor allem dadurch, daß sie das seit 1911 neuerschienene Material berücksichtigen kann, vor allem die Dikaiomata Halensia und den Gnomon des Idios Logos.

Zur Veranstaltung einer auch für Juristen berechneten Chrestomathie war unter den Philologen und Historikern schwerlich jemand

---

[1]) In erfreulicher Weise hat jetzt Aristide Calderini, der rührige Herausgeber des „Aegyptus" dort Ricerche sul regime delle acque nell' Egitto greco-romano zu veröffentlichen begonnen. Aegyptus I (1920) 37 ff. 189 ff.

besser berufen als P. M. Meyer, den schon seine bisherigen juristisch-historischen Arbeiten zu einer solchen besonders legitimierten und der gleichzeitig als bewährter Editor in der technischen Behandlung der Papyri eine große Erfahrung besitzt. Letztere macht sich besonders bei der Detailinterpretation des Urkundeninhalts geltend, die er in den Fußnoten zum Text gibt; außerdem gibt er zu den Urkunden Stück für Stück erläuternde Einleitungen, welche seine reichen epigraphischen und papyrologischen Kenntnisse sowie seine Beherrschung der Literatur und sein Verständnis für juristische Fragen im besten Lichte erscheinen lassen. Daß er dabei in letzteren nicht als selbständige Autorität auftreten kann, sondern Anlehnung an die Juristen zu suchen pflegt, ist bei dem Nichtfachmann nur natürlich; jedenfalls bietet er dem Anfänger, mag dieser auch das Juristische an der Sache suchen, eine lehrreiche und geschickt zusammengestellte Auswahl von Texten mit sehr brauchbarer und zuverlässiger Interpretation. Im ganzen habe ich den Eindruck, daß P. M. Meyer sich an einen etwas anderen Leserkreis hat wenden wollen als ich, nämlich mehr an den philologisch-historischen, als den juristischen, und das entspräche ja auch der Sachlage. — Die Anordnung des Stoffs ist bei ihm wesentlich anders und mehr den juristischen Lehrbüchern angepaßt als bei mir; er fängt an mit Personenrecht (inkl. Vormundschafts-, Ehe- und Erbrecht) und geht dann, nach Einschaltung des „Urkundenwesens“, zum Obligationen-, Sachen-, Straf- und Prozeßrecht über. Der Eigenart der Papyrusforschung scheint mir diese Einteilung nicht ganz homogen zu sein; für diese bieten der Zivilprozeß und die Urkundenlehre den festen Rahmen, der zuerst aufgestellt sein muß, um ihm alles übrige nur einzuordnen. Doch würde dieses Bedenken nur dann ein größeres Gewicht haben, wenn Meyer auch einen systematischen Überblick geschrieben hätte; für die Einzelinterpretation der Texte, auf die es ihm doch zunächst ankommt, ist ihre Anordnung von geringerer Bedeutung. Das treffliche Buch wird hiermit bestens empfohlen.

Leipzig, November 1920. Mitteis.

Jean Maspero, Papyrus grecs d'époque byzantine, Tome III. Le Caire 1916.

H. J. Bell, Greek Papyri in the British Museum, Vol. V. London 1917.

Das für die Erkenntnis der Praxis des Justinianischen Rechts wichtige spätbyzantinische Urkundenmaterial hat durch zwei Editionen der letzten Jahre eine wesentliche Bereicherung erfahren. Jean Masperos Cairener Publikation der Papyrus grecs d'époque byzantine liegt nunmehr nach Erscheinen des 3. Bandes, den Gaston Maspero nach dem Tod seines Sohnes herausgegeben hat, abgeschlossen vor. Eben-

bürtig zur Seite tritt dieser Publikation der stattliche 5. Band der Greek Papyri in the British Museum, in dem Bell neben einigen frühbyzantinischen Urkunden (Nr. 1647 bis 1659) eine lange Reihe spätbyzantinischer Texte vorlegt, die nach Fundorten gruppiert und innerhalb dieser Unterabteilungen nach Materien geordnet sind. Die Londoner Urkunden aus Aphrodito und Antinoe entstammen dem Archiv des aus den P. Cairo Masp. bekannten Dichter-Notars Dioscoros und stehen somit zu den Cairener Papyri und einigen in Flor. III publizierten Stücken in engster Beziehung. Die Syene-Urkunden haben, wie wir bereits aus den Mitteilungen Bells in Klio Bd. XIII p. 160 ff. wußten, den gleichen Ursprung wie die Münchener byzantinischen Papyri (die Editoren der Pap. Mon. konnten schon vielfach auf die Londoner Stücke Bezug nehmen) und bilden mit diesen eine einheitliche Gruppe. Daneben stehen noch Urkunden verschiedener Fundorte (Hermupolis, Oxyrhynchos, Faijûm). Das Verständnis der zum Teil sehr schwierigen Texte wird durch die tief eindringenden Einleitungen, die Bell den einzelnen Urkunden vorausschickt, wesentlich erleichtert.

Der im folgenden versuchte Überblick muß sich auf die privatrechtlich wichtigsten der neuen Texte beschränken. Die übrigen Urkunden, insbesondere die verwaltungsrechtlichen Inhalts, seien nur in Kürze gestreift.

I. Verwaltungsakten. — Daß auch diese in beiden Editionen zahlreich vertreten sind, ist beinahe selbstverständlich. Sie vervollständigen und ergänzen indessen mehr das Bild, das uns die beiden ersten Bände der Cairener Publikation von den Zuständen des 6. Jahrhunderts boten, als daß sie wesentlich Neues brächten. Immerhin sind einige von ihnen besonderer Erwähnung wert. So z. B. P. Cairo Masp. 67283, eine *διδασκαλία* der Einwohner von Aphrodito an die Kaiserin Theodora, unter deren patrocinium sich das Dorf Aphrodito gestellt hatte (cf. diese Zeitschrift Bd. 32 p. 474) und Lond. V 1674[1]), eine Bittschrift an den dux der Thebais, die eine Beschwerde gegen Übergriffe des Pagarchen enthält, in der in l. 91—95 auf eine frühere Eingabe Bezug genommen wird, die Bell wohl mit Recht mit der in Cairo Masp. I 67002 erhaltenen identifiziert. Der dux der Thebais ist wahrscheinlich auch der Adressat der Bittschrift Lond. V 1676, in der die l. 30ff. Beachtung verdienen.

Lond. V 1680 und Cairo Masp. 67282 sind Urkunden des gleichen Typus: commonitoria (cf. Corp. Gloss. Lat. II p. 467 *ὑπομνηστικόν* = commonitorium und dazu den von Wilcken, Archiv f. P. F. Bd. 6 p. 446 zitierten P. Gen. 79 sowie P. Cairo Masp. I 67032 l. 33 und 88), Instruktionen, die wie Bell in der Einleitung zu Nr. 1679 zutreffend auseinandersetzt, in den vorliegenden Fällen wohl vom officium des praeses ausgehen. Zu 1680 l. 21 sei bemerkt, daß *ζωνην* nicht, wie der Editor vorschlägt, in *ζωήν* zu emendieren ist, sondern daß vielmehr *ζώνην* (= cingulum) gelesen werden muß, cf. z. B. *κινδυνεύειν περὶ τὴν ζώνην καὶ τὴν περιουσίαν* in Just. Ed. XIII c. 26.

[1]) In l. 11 dürfte statt *πρὸς τὴν ạυ . . μịṿ* zu lesen sein: *πρὸς τὴν δύναμιν*.

Zahlreich sind insbesondere die Texte, die das byzantinische Steuerwesen illustrieren. Auf einige besonders wichtige Londoner Stücke hat bereits Wilcken l. c. hingewiesen. Hier sei wenigstens Cairo Masp. 67329 namhaft gemacht, das Protokoll einer Verhandlung vor dem ἔκδικος, dem defensor, von Antaeopolis. Daß den Gegenstand der Verhandlung die μετάθεσις von Grundstücken bildet, nicht, wie Cuq[1]) annimmt, die von γεωργοί, hat bereits Bell (Journal of Egypt. Archaeol. Bd. 3 p. 292) hervorgehoben. μετάθεσις ist byzantinischer Terminus technicus für die Umschreibung im Kataster, wie die Bd. 33 dieser Zeitschr. p. 621 angeführten Stellen beweisen, denen noch Zachariae, Anecdota III p. 27 (Theodoros Hermop.) hinzugefügt werden kann. Der Eigentümer von Grundstücken in der Flur von Aphrodito, die dem Dorf Θμονάχθη zugeschrieben worden waren, ersucht um deren Rückübertragung nach Aphrodito, offenbar aus steuertechnischen Gründen. Die Verhandlung über diesen Antrag ist in der vorliegenden Urkunde protokolliert. — Der zuletzt genannte Papyrus leitet über zu den

II. Prozeßakten. Sie sind nicht zahlreich, dafür aber qualitativ um so höher zu bewerten. Zu ihnen gehört zunächst eine Urkunde, die als eines der Glanzstücke des neuen Londoner Bandes gelten darf: Lond. Nr. 1708 (a° 567?), ein Protokoll einer Schiedsgerichtsverhandlung von der respektablen Länge von nicht weniger als 265 Zeilen. Der Tatbestand, den Bell in der Einleitung zu diesem Text mit musterhafter Klarheit darlegt, betrifft einen Erbschaftsstreit (actio familiae erciscundae) zwischen zwei Schwestern und ihrem älteren Bruder, dem sie vorwerfen, daß er ihnen ihren Anteil an dem elterlichen Nachlaß vorenthalte. Die Urkunde ist wichtig insbesondere für die Lehre von der donatio propter nuptias: aus l. 116ff. in Verbindung mit l. 136 und 196 ergibt sich die Gleichung ἕδνον = πρὸ γάμου δωρεά[2]), die durch P. Lond. V 1712 l. 19, 20 bestätigt wird.[3]) Die ἕδνα erscheinen nur als Teil des ἰσόπροικον = ἀντίπροικον. Im einzelnen bietet der Text große Schwierigkeiten (cf. Bells Note zu l. 115). Der ausführlich wiedergegebene Schiedsspruch (l. 185 beginnend) legt unter anderem dem Beklagten die Verpflichtung zur Kollation (ἐπενεγκεῖν εἰς κοινὸν μερισμόν) etwaiger Vorempfänge auf (l. 200f.). — Einen Schiedsspruch enthält auch der von Sir Herbert Thompson edierte koptische P. Nr. 1709, der durch seinen Zusammenhang mit dem Ehevertrag Cairo Masp. I 67006 Verso bemerkenswert ist. Auch hier handelt es sich um einen Erbschaftsstreit. Die Kläger sind 2 Geschwister (die aus Cairo Masp. 67006 V. bekannte Victorine und ihr Bruder), die ihre Halbschwester (Tochter ihres Vaters aus zweiter Ehe) beschuldigen, zusammen mit ihrer Mutter den väterlichen Nachlaß beiseite geschafft zu haben. Dabei berufen sich die Kläger auf eine ἄγρα-

---

[1]) Cf. die Vorbemerkung zu Nr. 67329.

[2]) So wird die Eheschenkung genannt trotz Inst. II 7 § 3; cf. Bell, Anmerkung zu l. 115 a. E.

[3]) Die Identität der ἕδνα mit der πρὸ γάμου δωρεά hatte bereits Mitteis, diese Zeitschr. Bd. 31 p. 393 vermutet. Anders in den „Grundzügen" p. 229. Für die Identität spricht auch P. Cairo Masp. II 67151 l. 169ff.

φος βούλησις ἐπὶ μαρτύρων des Erblassers, d. h. also auf ein mündliches Testament resp. Kodizill des Vaters, in dem dieser sein Vermögen seinen Kindern zu gleichen Teilen hinterlassen habe. Die Einzelheiten des Tatbestandes sind dunkel. L. 100ff. beziehen sich offenbar auf die in Cairo Masp. 67006 Verso l. 98ff. enthaltene Bestimmung.

In die Reihe der prozessualen Dokumente ist auch der aus der 2. Hälfte des 6. Jahrhunderts stammende P. Cairo Masp. 67295 I und II einzustellen, den Maspero bereits im Bull. de l'inst. d'archéol. or. Bd. XI p. 163ff. veröffentlicht hatte. Er enthält die Abschrift von ἀντιρρητικοὶ λίβελλοι des heidnischen Philosophieprofessors Horapollon, deren Original, wie II l. 17 ergibt, unter der Regierung des Kaisers Anastasius verfaßt worden ist, wohl (wie auch Maspero annimmt) zu wirklichem Gebrauch und nicht nur als rhetorische Übung. Juristisches Interesse bietet der Text mit der Erwähnung der παρακατασχέσεις ἐξ ἤθων κακῶν καὶ μεταθέσεως σκευῶν d. h. retentiones propter mores et propter res amotas. Man vergleiche hierzu Schol. sinait. § 7: ὅσον ἠδύνατο παρακατέχειν ὁ ἀνὴρ διὰ τῆς mores.

III. Unter den rechtsgeschäftlichen Urkunden sind, wie schon in Cairo Masp. I und II die Miet- und Pachtkontrakte zahlenmäßig am stärksten vertreten. Wir finden zahlreiche Beispiele der Miete ἐφ' ὅσον χρόνον βούλει[1]) (z. B. Lond. V 1691; 1715; 1768; 1872; Cairo Masp. 67302), Teilpacht (Lond. 1694; 1698 [?]; 1841)[2]), Mobiliarmiete in Cairo Masp. 67303 und Lond. 1714, welch letzterer Text einen gemischten Vertrag repräsentiert, insofern hier für die Gebrauchsüberlassung eines Schiffes als Entgelt an Stelle des Mietzinses Dienstleistungen versprochen werden. — Bei weitem wichtiger sind die beiden Erbpachtverträge Cairo Masp. 67298 und 99, zumal dieser Kontraktstypus im bisherigen Material, von Fragmenten abgesehen, nur durch P. Lond. II Nr. 483 (p. 324ff.) vertreten war. Arangio-Ruiz hat neuestens (Aegyptus I p. 22—27) die rechtshistorische Bedeutung der beiden Urkunden eingehend gewürdigt. Auf seine Ausführungen, denen ich vollauf zustimme, sei hiermit verwiesen.

Aus der Reihe der in Lond. V gleichfalls in nicht unbeträchtlicher Zahl vertretenen Kaufverträge möchte ich einen herausheben: Nr. 1686 v. J. 565 (Aphrodito). Verkäufer ist Dioscoros, der 3 Aruren unbewässerten Landes an das Kloster von Zminos im Panopolites veräußert. Das Kloster übernimmt dagegen die Zahlung der ἀστικὴ συντέλεια von 14 Aruren des Verkäufers, die in der Flur des Dorfes Φθλᾶ gelegen sind und als μετενεχθεῖσαι εἰς τὴν κώμην Ἀφροδίτην bezeichnet werden.[3]) Die Vermutung, daß hier die Begründung einer προστασία ἐκκλησιαστική[4]) beabsichtigt ist, dürfte kaum als gewagt erscheinen.[5])

[1]) Cf. diese Zeitschr. Bd. 32 p. 477; Berger, Zeitschr. f. vergleich. Rechtswissenschaft Bd. 29 p. 370f.

[2]) Lond. 1841 ist eine ἀντιμίσθωσις, d. h. eine vom Verpächter dem Pächter ausgestellte Urkunde; cf. Cairo Masp. I 67107 und Flor. III 384.

[3]) Cf. Cairo Masp. III 67329.

[4]) Diese Zeitschr. Bd. 32 p. 474.

[5]) Einen Kontrakt, der möglicherweise der Begründung eines patro-

Einen besonderen Kontraktstypus stellen bekanntlich die Lieferungsverträge dar, die, soweit in ihnen der Kaufpreis nicht beziffert ist[1]), vielfach als Versprechen einer datio in solutum aufgefaßt werden.[2]) Der Londoner Band bringt in Nr. 1656 (4. sec.) und Nr. 1700(?); 1764; 1774; 1881 neue Beispiele dieser Vertragskategorie. Nr. 1764 wird dabei vom Editor als „genuine sale“ (Pränumerationskauf) charakterisiert, wohl wegen der Vertragsklausel in l. 5ff., die aber (worauf Bell selbst hinweist) in nahezu gleicher Gestalt in P. Lond. III Nr. 999 (p. 270)[3]) wiederkehrt, in dem die Höhe der *τιμή* wahrscheinlich nicht angegeben wird. Es scheint mir deshalb nicht richtig, so scharf zwischen Nr. 1764 und 1774 zu scheiden, wie es der Editor tut.

Von den Darlehenskontrakten mögen diejenigen hervorgehoben werden, in denen eine dingliche Sicherstellung des Gläubigers beurkundet wird. So P. Lond. V 1716, der ein pactum de vendendo zugunsten des Darlehensgebers enthält bezüglich Wein, der bei diesem deponiert ist. Daneben räumt der Schuldner dem Gläubiger ein Generalpfandrecht ein, nach Auffassung des Editors deshalb, weil der Betrag der Schuld den Wert des Pfandes übersteige. Bei der Üblichkeit der Generalverpfändung in den byzantinischen Schuldverträgen[4]) vermag ich dieser Interpretation Bells nicht zuzustimmen. — Nr. 1719 bringt eine Verpfändung von Schmuckstücken, Nr. 1737, die jüngste der Syene-Urkunden (a° 613) die Bestellung eines Faustpfandes an Mobilien[5]), Nr. 1723 die Verpfändung eines Hausanteiles an 2 Gläubiger für ein zinsloses Darlehen, wobei den Gläubigern wahrscheinlich die Befugnis zur Benutzung des verpfändeten Objekts bis zur Rückzahlung der Schuld zugestanden wird. Ein sicheres Beispiel byzantinischer Antichrese findet sich in einem Papyrus der Cairener Sammlung, Nr. 67309, der als Parallele zu P. Testa II (Preisigke, S.B. Nr. 5285) zu registrieren ist. Er enthält einen Darlehensvertrag über 15 nomismata, von denen 6 unverzinslich sind (l. 18, 19). *Ἀντὶ παραμυθείας* dieser 6 solidi wird der Gläubigerin das Recht zum Bewohnen einer *ἐξέδρα* des Schuldners eingeräumt, die offenbar für die ganze Schuld verpfändet wird (l. 19 ff.), weshalb sich die Urkunde als *ὑποθηκιμαῖα ἀσφάλεια* (l. 11) bezeichnet. Mit der Verpfändung ist

---

cinium-Verhältnisses dient, sieht Bell in Nr. 1796 (Agreement concerning cultivation of land).

[1]) Die Höhe der *τιμή* ist fixiert in P. Amh. II 150 und Preisigke, S.-B. Nr. 4504 und 4505.

[2]) Über den Stand der Frage cf. zuletzt Grenfell-Hunt, Vorbemerkung zu Oxy. XIV 1639, deren Ausführungen sehr beachtlich sind.

[3]) Cf. auch PER Inv. Nr. 10004 (Führer durch d. Ausstellung d. Pap. Erzherzog Rainer Nr. 358).

[4]) Cf. die Materialzusammenstellung bei Schwarz, Hypothek u. Hypallagma p. 49 Anm. 3.

[5]) Diese sollen nach l. 17 *ὑπὸ τὴν ἐξουσίαν* des Gläubigers sein bis zur Tilgung der Schuld. In 1719 l. 16 und 1723 l. 16 zeigt die entsprechende Klausel eine hybride Gestalt, insofern hier dem Gläubiger auch die *δεσποτεία* bis zur Erfüllung eingeräumt wird.

ein pactum de non alienando zu Lasten des Schuldners verbunden (l. 32ff.).[1])

In den Zusammenhang der pfandrechtlich interessanten Stücke ist weiter auch P. Lond. V 1720 einzustellen, eine *ἀποταγή*, die mit P. Cairo Masp. II 67167 l. 20ff. insbes. 28, 29 zusammenzuhalten ist. Wie in der im Cairener Text genannten *ἀποταγή* handelt es sich auch in der Londoner Urkunde offenbar um die Übertragung des Eigentums an dem Pfand, das die Schuldnerin einzulösen außerstande ist, auf den Gläubiger. Dieser scheint hier der Schuldnerin den Betrag des Mehrwertes des Pfandes herauszuzahlen. — Eine *ἀποταγή* finden wir außerdem noch in Lond. Nr. 1730 (cf. Klio XIII p. 171), einer Urkunde, die wir im Hinblick auf die Eingangsformel *παρακλήσεις προσενήνοχα ὑμῖν*[2]) in l. 13 entsprechend Oxy. I 125 l. 11, 12, 22; Preisigke S. B. Nr. 4773 und Flor. III 323 l. 17 und 21 als *παρακλητικὴ ὁμολογία* bezeichnen könnten. Sie enthält die Übertragung eines Grundstücksanteils *ἀντὶ ἀναλώματος καὶ δαπανήματος*, die aus einer dem Veräußerer obliegenden Alimentationsverpflichtung resultieren, deren Erfüllung von dem Vertragsgegner übernommen wurde.

Für die Lehre von der Schuldtilgung kommt ferner P. Cairo Masp. 67306 (a° 515) in Betracht, eine *ἀκυρωσία* d. h. Kraftloserklärung eines verlorenen Schuldscheins, die somit als Parallele zu Cairo Masp. II 67166 bis 68 hinzutritt. Der älteste Repräsentant dieses nur für die byzantinische Zeit bezeugten Urkundentypus, zu dem außer den diese Zeitschr. Bd. 33 p. 622 angeführten Texten auch P. PSI III 183 (a° 484) gehört (cf. auch Preisigke S. B. Nr. 5113 l. 27ff. und Lond. V 1701 l. 6), ist heute der jüngst publizierte P. Oxy. XIV 1716 v. J. 333. — Von dem gleichen Gesichtspunkt aus darf endlich hier noch des P. Lond. V 1717[3]) gedacht werden, einer *διάλυσις*, deren generelle Verzichtsklausel besonders ausführlich gefaßt ist. Als Seitenstück zu der wortreichen Formulierung der l. 19—24 können etwa P. Mon. 1 l. 35—37 und Cairo Masp. II 67154 l. 19—23 herangezogen werden. Die Basilikenscholien geben die Erklärung. Es handelt sich um die Klausel, die die byzantinischen Juristen im Zusammenhang der stipulatio Aquiliana[4]) vielfach erörtern und von der

[1]) In l. 44f. wird offenbar die Übergabe der Erwerbsdokumente des verpfändeten Grundstücks an die Gläubigerin beurkundet. *κ̣[αταχυριεύ]ειν παρὰ σεαυ[τ]ῇ* ist m. E. sehr unwahrscheinlich. Sollte nicht *π̣[αραφυλάττ]ειν π. σ.* zu ergänzen sein? Das vorausgehende *παρακατέ[σχ]ηκάς [μο]* ist auffallend, da nicht gesagt wird, wie die Gläubigerin in den Besitz der *προγενεστέρα πρᾶσις* gelangt ist. Da *παρακατέχειν* = retinere, wird man auch kaum *παρακατέ[σχ]ηκά σ[οι]* lesen können.

[2]) Parallelstellen: Oxy. I 125 l. 6; Cairo Masp. I 67032 l. 28; II 67156 l. 20, 21; 67167 l. 20; Flor. III 323 l. 6; Mon. 10 l. 8. Danach ist in Lond. III Nr. 1007 (p. 263) in l. 22 zu ergänzen: *παρακλήσ]εων προσενηνεγμένων*. Die Pluralform *παρακλήσεις* ist also in dieser Verbindung keineswegs ungewöhnlich, wie die Editoren der Pap. Mon. zu Mon. 10 l. 8 annehmen.

[3]) Nach l. 29 kann wohl BGU. I 317 l. 11 hinter *σύνολον* ergänzt werden: *δ[ιὰ τὸ ἐμὲ ἀπηλλάχθαι περὶ νο]μισμάτων*.

[4]) Zur stip. Aquiliana im byzantinischen Recht cf. Zachariae v. Lingenthal, diese Zeitschr. Bd. 6 p. 40f. und Partsch, Gött. Gel. Anz. 1915 p. 432f.

sie uns berichten, daß sie κατὰ τὸ συνειθισμένον in die διάλυσις-Verträge aufgenommen wurde; cf. schol. ad Bas. XI, 1, 35 (Heimb. I p. 621) und insbesondere schol. ad Bas. XI, 2, 4 (Heimb. I p. 670).

Geben die bisher angeführten Urkunden zumeist nur neue Belege für schon bekannte Tatsachen, so kommt den familien- und erbrechtlichen Stücken bei weitem größere Bedeutung zu. Byzantinische Eheverträge gehören bis heute zu den Seltenheiten. Um so wertvoller sind Lond. V 1710; 1711; Cairo Masp. III 67310; 67340 R. P. Lond. 1710, der möglicherweise mit Flor. III 294 zusammengehört, gibt nur die einleitenden Formeln eines Ehevertrags und ist höchstens als neues Beispiel der Beeinflussung des byzantinischen Urkundenstils durch die Rhetorik bemerkenswert (cf. Bells Bemerkungen zu l. 4—6). Weit besser ist Nr. 1711 erhalten, die Kopie eines Ehekontrakts, dessen Entwurf in Cairo Masp. 67310 vorliegt. Der Vertrag bezeichnet sich selbst (l. 57, 58) als συζυγίας σύμφωνον ἤτοι γαμικὸν συμβόλαιον und enthält demgemäß ausführliche Bestimmungen über die persönlichen Beziehungen der Ehegatten. Im Gegensatz zu CPR 30 ist er jedoch kein προικῷον συμβόλαιον; von einer προίξ, einer Mitgift wird nirgends gesprochen. Die vermögensrechtlichen Stipulationen erschöpfen sich vielmehr in der Bestellung einer donatio propter nuptias, die in l. 19, 20 mit den γαμικὰ ἕδνα identifiziert wird.[1]) Der Vertrag folgt der Eheschließung nach[2]), die somit ἐκ μόνης διαθέσεως (Nov. Just. 117 c. 3 und 4) erfolgt war. — Der Ehevertrag Cairo Masp. Nr. 67340 Recto ist leider weniger gut erhalten. Auf die inhaltliche Besonderheit, die er bietet (Stipulationen bez. des Sohnes der Nupturientin l. 54ff.), hat der Editor bereits aufmerksam gemacht.

Eines der interessantesten und wertvollsten Stücke der Cairener Publikation ist Nr. 67353, zu dem sich inzwischen Cuq (Comptes rendus de l'Acad. des Inscript. 1917 p. 354—369)[3]) und Bell (Journal of Egypt. Archaeol. Bd. 5 p. 70—72) eingehend geäußert haben.[4]) Das Verso des Papyrus (auf dem Recto steht ein koptischer Vertrag) enthält, von der Hand des Dioscoros geschrieben, eine ἀποκήρυξις, also einen Paralleltext zu Nr. 67097 Verso D. Cuq[5]) hatte zu P. 67097 V. die These vertreten, daß dieser Text nicht, wie Maspero annahm, als rhetorische Stilübung, sondern als Entwurf einer Urkunde aufzufassen sei. In meiner Besprechung der Cuqschen Abhandlung war ich zu einem non liquet gelangt.[6]) Das neue ἀποκήρυξις-Dokument, an dessen urkundlichem

---

[1]) Cf. oben zu Lond. 1708.

[2]) Inst. II 7 § 3; Theoph., Inst. paraphr. II 7 § 3.

[3]) Mir leider nicht zugänglich.

[4]) Neuestens auch Arangio-Ruiz, Aegyptus I p. 27—29.

[5]) Un nouveau document sur l'Apokèryxis (Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres Tome 39), Paris 1913.

[6]) Diese Zeitschr. Bd. 34 p. 441—445. Keineswegs hatte ich Cuqs Auffassung völlig abgelehnt, wie Bell l. c. und Lond. V p. 57 anzunehmen scheint. Ich glaube im Gegenteil klar zum Ausdruck gebracht zu haben, daß ich die von Cuq gegebene Deutung für durchaus möglich hielt; cf. v. Druffel, Papyrol. Studien zum byz. Urkundenwesen p. 20 Anm. 1.

Charakter zu zweifeln kein Anlaß vorliegt, entscheidet die Frage endgiltig im Sinne Cuqs. Inhaltlich berührt sich die Urkunde natürlich aufs engste mit 67097 V. In beiden Fällen verbleibt insbesondere den verstoßenen Kindern ihr Pflichtteil, *τὸ ἀπὸ νόμων τυπωθὲν Φαλκιδίου* (l. 14).[1]) Der *θεῖος νόμος* resp. die *θεῖοι νόμοι* (67097 Verso D. l. 88 und 67353 l. 32, 33), die Cuq als Justinianische Novelle auffaßt, die die *ἀποκήρυξις* für bestimmte Reichsteile anerkannt habe, werden jetzt von Arangio-Ruiz (l. c. p. 29) sehr ansprechend als lex divina (Dekalog) erklärt.

Unter den Verfügungen von Todes wegen ist zunächst das 112 Zeilen umfassende Bruchstück eines Testamentes v. J. 567, Cairo Masp. III 67312, zu nennen, das in der gleichen Form errichtet ist wie das Testament des Fl. Phoibammon (Cairo Masp. II 67151).[2]) Wie in diesem[3]), steht die Stilisierung durchaus unter dem Einfluß der Justinianischen Rechtssprache.[4]) Die ausführlich gefaßte Kodizillarklausel (l. 24—28), die confirmatio codicillorum (l. 28—34) sowie die Formulierung der Erbeinsetzung (l. 37ff.) zeigen dies besonders deutlich. Der Testator, der keine Deszendenten hinterläßt, setzt zu Erben ein zwei Klöster und seine Großmutter mütterlicherseits. Ausführliche Teilungsanordnungen, verbunden mit Auflagen, schließen sich an (l. 52—91). Unter den letzteren ist bemerkenswert die in l. 63ff. angeordnete: das eine Kloster soll das ihm zugedachte väterliche Haus des Erblassers verkaufen und den Erlös *εἰς ἀνάρρυσιν αἰχμαλώτων*, zum Loskauf Gefangener[5]), und zu anderen frommen Zwecken verwenden. Was der Testator von seiner verstorbenen Frau geerbt hat, soll gleichfalls veräußert und der Erlös gleichfalls frommen Zwecken dienstbar gemacht werden *ὑπὲρ ἁγίας προσφορᾶς τῆς αὐτῆς μακαρίας μου γυναικός* (l. 70—77).[6]) Die dritte Erbin, die Großmutter, soll sich mit dem ihr zugewiesenen Grundstück (für die nähere Bezeichnung ist in l. 89, 90 freier Raum gelassen) begnügen und keine weiteren Ansprüche *δικαίῳ Φαλκιδίου* (l. 93) gegen ihre Miterben richten, *διὰ τὸ καὶ τὰ καταλειφθέντα αὐτοῖς — προχωρεῖν εἰς εὐσεβεῖς διαδόσεις* (l. 97—99). Die Begründung erinnert an Nov. Just. 131 c. 12. Wie steht es aber mit dem Pflichtteil der Erbin? Den Beschluß des Fragmentes machen Freilassungen von Sklaven und Legate. — Das weitere in dem Cairener Band enthaltene Bruchstück eines Testamentes, Nr. 67324, sei nur deshalb erwähnt, weil die Schlußformel die Stipulationsklausel aufweist (l. 15, 16).[7])

Ein völliges Novum ist Lond. V 1727 v. J. 583/4. Daß die byzantinische Urkundenpraxis vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen

[1]) Diese Zeitschr. Bd. 34 p. 444.
[2]) Diese Zeitschr. Bd. 33 p. 625f.
[3]) Cf. dazu jetzt Arangio-Ruiz, l. c. p. 33 Anm. 2.
[4]) Über den Einfluß des hauptstädtischen Kurialstiles auf die byzantinische Urkundensprache Ägyptens cf. Partsch, Gött. Gel. Anz. 1911 p. 319; Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 70 p. 442f.
[5]) Cf. Nov. Just. 65 und 120 c. 9, auf die schon Maspero hinwies.
[6]) Dazu Wenger, Pap. Mon. p. 100f.
[7]) Cf. Kraus, Formeln des griech. Testaments (1915) p. 99.

kennt trotz des ablehnenden Standpunktes der Justinianischen Gesetzgebung, wußten wir bereits aus dem Ehevertrag Cairo Masp. I 67006 l. 117ff., 125ff.[1]) Während aber in diesem Text Ehe- und Erbvertrag miteinander verbunden sind, bietet uns Lond. 1727 das meines Wissens erste Beispiel eines selbständigen Erbvertrags. Die Urkunde, deren Vertragscharakter schon in der Bezeichnung *ἀλληλομολογία* (l. 49 und 59) zum Ausdruck kommt, ist, um mit den Basilikenscholien (cf. schol. 2 zu Bas. 29, 5, 35 Heimb. III p. 482) zu sprechen, ein *σύμφωνον ἐν τάξει διαθήκης*, das zwischen den aus den Pap. Mon. bekannten Ehegatten Patermouthis und Kako geschlossen wird. Die Natur des Vertrags als Verfügung von Todes wegen tritt deutlich in der Formulierung der einzelnen Bestimmungen zutage, die, wie der Editor bereits richtig hervorgehoben hat, an die der Testamente erinnert. Die Kontrahenten setzen sich gegenseitig zu Erben ein[2]) und bestimmen, daß nach dem Tode des Überlebenden von ihnen der beiderseitige Nachlaß zu gleichen Teilen ihren gemeinsamen Kindern zufallen soll. Diese Verfügungen werden sichergestellt durch die Anordnung, daß die Kinder bei Nichtanerkennung der von den Kontrahenten getroffenen Dispositionen ihres Erbrechts verlustig gehen sollen. Eine Strafklausel tritt verstärkend hinzu.

Endlich seien noch 2 Schenkungen von Todes wegen erwähnt, die in P. Cairo Masp. 67340 Verso und Lond. 1729 enthalten sind. Daß die zuerst genannte Urkunde eine donatio mortis causa und nicht, wie Maspero annahm, eine donatio inter vivos darstellt, hat bereits Arangio-Ruiz[3]) richtig erkannt, der diese Schenkung mit Grenf. II 71 in Parallele setzt. L. 94 enthält den Ausschluß des Widerrufs.[4]) Die Schenkerin hebt besonders hervor, daß ihre Kinder, denen sie ihr Vermögen überträgt, gleichgestellt sein sollen (l. 61—65), die eine Tochter scheint durch die Mitgift abgefunden zu sein (l. 11ff.). — Der zitierte Londoner Text ist dem P. Mon. 8 zur Seite zu stellen.

Der Dank für die vielseitige Belehrung, die wir den neuen Papyri verdanken, kann nur Bell ausgesprochen werden. Jean Maspero

---

[1]) Mitteis, diese Zeitschr. Bd. 31 p. 393, 394; cf. auch Wenger, Pap. Mon. p. 29, 30 und p. 95.

[2]) Die Bezeichnung *κληρονόμος* wird dabei vermieden. Daß der überlebende Ehegatte in die Aktiva und Passiva des Verstorbenen eintreten soll, wird in l. 44, 45 ausdrücklich gesagt: *ἐφ' ᾧ τὴν πᾶσαν δωσοληµψίαν ποιήσασθαι ὑπὲρ αὐτοῦ.* Der Ausdruck *δωσοληµψία*, der, soweit ich sehen kann, sonst nur noch in BGU I 317 l. 5 begegnet, ist äquivalent dem Terminus *ληµψαπόδοσις* in Lond. I Nr. 77 l. 50 (= Mitteis, Chrest. Nr. 319) und der Wendung *δόσις καὶ λῆψις* in Cairo Masp. II 67151 l. 94, 95 und 208; 67158 l. 25; cf. auch das *δοῦναι καὶ λαβεῖν* in den beiden *ἀποκήρυξις*-Urkunden 67097 Verso D. l. 57, 58 und 67353 Verso A. l. 20 sowie Cairo Masp. II 67156 (Erbverzicht) l. 22; Lond. V 1731 l. 26 (ebenfalls Erbverzicht?) und Mon. 10 l. 15. Wenn die Editoren der Pap. Mon. die zuletzt angeführte Stelle übersetzen: „(Recht) geben und nehmen", so dürfte dies kaum zutreffend sein.

[3]) l. c. p. 32, 33.

[4]) Cf. P. Mon. 8 l. 28—30 und Wien. Denk. 37 p. 129 App. 25 l. 5, 6 (Preisigke, S.-B. Nr. 4678). Über den Widerruf der donatio m. c. im byzantinischen Recht cf. die Ausführungen von Arangio-Ruiz.

weilt nicht mehr unter den Lebenden; er ist ein Opfer des Krieges geworden. Was er in unermüdlicher Arbeit, insbesondere durch die Erschließung der neuen Quellen für die Erkenntnis des byzantinischen Ägyptens geleistet hat, sichert seinem Namen einen ehrenvollen Platz in der Geschichte unserer Wissenschaft.

Frankfurt a. M./Cöln. H. Lewald.

Gerhard Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, viertes Heft. Tübingen, I. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1920. VIII und 353 S.

Meine Anzeige dieses Buches muß und kann nur eine kurze sein; denn einerseits habe ich es erst zu vorgerückter Zeit zur Besprechung erhalten, andererseits habe ich mich über Beselers Arbeitsmethode bereits anläßlich des zweiten Heftes seiner Beiträge eingehend ausgesprochen (diese Zeitschr. 33, 180—211) und kann auf das dort Gesagte verweisen, denn das vierte Heft ist im Grundcharakter den früheren gleich. Nebst vielem, was man mit Reserve oder gar nicht hinnehmen wird, steht, wie immer bei Beseler, auch Anregendes, Förderndes und manche sichere Errungenschaft für unsere Disziplin. Übrigens hat der Verf. diesmal seine textkritischen Bemerkungen in größerem Umfang wie früher nach systematischen Gesichtspunkten gruppiert, was sehr zu begrüßen ist; unter diesen „Sachmonographien“ (S. 1—103), wie der Verf. sie nennt, interessierte mich besonders die über die hereditatis petitio. Der Autor scheint auf jene über „Bindung und Lösung“, S. 92ff., besonderes Gewicht zu legen; in dieser tritt übrigens die Quellenkritik etwas zurück, nur in der allerdings heroischen Textrestitution von Varro l. l. 7, 105 (p. 101) macht sie sich wieder geltend.

Neu sind ferner in diesem Heft die „Bemerkungen zur Literatur“, kurze und, wie alles bei Beseler, aphoristisch gehaltene Auseinandersetzungen mit Opponenten oder auch Unbeteiligten, selbst Nichtjuristen, wie Ulrich v. Wilamowitz (S. 338ff.). In dieser Partie wird die vom Autor stets angestrebte, an sich erfreuliche Breviloquenz direkt zur Gefahr; oft weiß man gar nicht, was er will. Ich weiß nicht, ob klügere Leute als ich den Passus auf S. 341 verstehen: „Ein Tor oder Neidhart, wer dem Junker ernsthaft abhold ist. Wenn nur nicht der Rest“ (wovon?) „Raubrittertum wäre.“ Nur sehr ungefähr kann man bei längerem Studium aus dem Zusammenhang mutmaßen, wo das hinaus soll.

Der Vollständigkeit halber muß ich meiner obgenannten älteren Charakteristik von Beselers Arbeitsweise angesichts dieses vierten Heftes leider einen weiteren Nachtrag beifügen: der Verfasser hat eine schon in den früheren Lieferungen ersichtlich gewesene Anlage zur Absonderlichkeit in dieser letzten in unerquicklicher Weise entwickelt. Es widerstrebt mir, davon im einzelnen zu reden, aber es wimmelt da von absonderlichen Sprüchen (bes. S. 292 Abs. 1—4 und noch mehr S. 343

Schlußsatz), von Anfällen posthumer Kriegspsychose, die für In- und Ausländer gleich peinlich sein müssen (S. 226—8, 341), und schließlich entfaltet der Autor gegen Opponenten ein erhebliches Maß von Grobheit. In letzterer Beziehung will ich nicht zitieren, um nicht in den Verdacht der Verhetzung zu kommen; aber um zu sehen, wie sehr sich der Umgangston zwischen dem dritten und vierten Heft ins Rauhere gewandt hat, vergleiche man die meiner Wenigkeit gewidmeten, noch relativ liebenswürdigen Bemerkungen auf S. 1 des dritten Heftes mit der Anmerkung auf S. 302 des vierten oder der „Fülle des Unmethodischen" in meinem obigen Aufsatz (S. 114). — Freilich wird man zugeben, daß Beselers kratzbürstige Art eine gewisse Respektabilität besitzt; er fragt nach niemandes Wohl- oder Überwollen und kümmert sich nicht um ihm etwa drohende Anfeindungen, will vielmehr schon heute „der bestgehaßte Romanist und darauf stolz" sein (S. 292). Wenn nur in dieser herausfordernden Haltung nicht schon so viel Pose steckte! Und um derentwillen fürchte ich, Beseler läuft Gefahr, daß besonnene Leute, statt sich zu dem ihm so sympathischen Zweikampf zu stellen, den Rat Virgils (bei Dante) befolgen werden: Non ragioniam di lor, ma guarda e passa.

Die Ausstattung der Schrift ist für heutige Verhältnisse recht gut; der Ladenpreis beträgt allerdings bei einem Umfang von 22 Druckbogen 56 Mark und zur Zeit 75 % Verlagsteuerungszuschlag, macht in Summa 98 (neunzig und acht) Mark, wozu noch der Sortiments-T.-Z. hinzukommt. Nur begüterte Bibliophilen werden das Buch ihrer Privatbibliothek einverleiben können.

Leipzig, November 1920. Mitteis.

Andreas B. Schwarz, Die öffentliche und private Urkunde im römischen Ägypten. Studien zum hellenistischen Privatrecht (Abhandl. der sächsischen Akademie der Wissenschaften, philol.-hist. Klasse, Bd. XXXI Nr. III). Leipzig, B. G. Teubner 1920. 310 S. 8⁰.

Diese wertvolle, auf vollständiger Beherrschung und scharfsinniger Bewertung des Papyrusmaterials beruhende Schrift ist erst in der zweiten Hälfte des vorigen Monats erschienen; ich kann infolgedessen zwar über ihren Inhalt einen Überblick geben, was ich bei der Wichtigkeit ihrer Ergebnisse nicht gern um ein Jahr verschoben sehen würde, dagegen wage ich es bei der Kürze der mir zur Überlegung verbliebenen Zeit noch nicht, zu ihr definitiv Stellung zu nehmen. Damit soll beileibe nicht angedeutet sein, daß ich bereits bei der ersten Lektüre Zweifel an der Richtigkeit ihrer Resultate empfunden hätte, im Gegenteil, sie scheinen mir prima facie äußerst ansprechend und einleuchtend. Aber je wichtiger die Ausführungen von Schwarz sind — und man wird sie als in vieler Beziehung grundlegend bezeichnen dürfen —, desto vorsichtiger muß man bei der

Stellungnahme sein; denn niemand billigt den verwunderlichen Ausspruch des alten Rudorff, E. P. p. 2: „mihi igitur cum persuasum habeam, in formulis ordinariis summam rei positam esse, visum fuit, in hac parte audendum (!) non nihil esse.“

Der Inhalt der Arbeit ist dieser.

Die griechischen Papyri lassen die im gräko-ägyptischen Provinzialrecht der früheren Kaiserzeit weitverbreitete Neigung erkennen, privat errichteten Geschäftsurkunden nachträglich den Charakter einer gewissen Öffentlichkeit zu verleihen. Zwei Mittel zu diesem Zweck lassen sich unterscheiden: Die Bezeugung der privaten Urkunde durch Errichtung einer öffentlichen (*ἐκμαρτύρησις διὰ δημοσίου χρηματισμοῦ*) und die öffentliche Registrierung der privaten Urkunde in einem der zu diesem Zweck bestehenden Archive, welche Einrichtung unter dem Namen der *δημοσίωσις* einhergeht. Insbesondere die letztere ist ein praktisch wichtiges Institut des Provinzialrechts der ersten drei Jahrhunderte gewesen. Vielfach wird auf dieselbe bereits in den privaten Handscheinen selbst Bezug genommen, indem ein solcher für gültig erklärt wird, als ob er öffentlich registriert wäre (*κύριον ὡς ἐν δημοσίῳ κατακεχωρισμένον*) oder — was im dritten Jahrhundert aufkommt — indem der Aussteller der Urkunde zur Vornahme der *δημοσίωσις* im voraus seine Zustimmung erteilt. Es ist jedoch auffallend, daß derartige auf die zukünftige *δημοσίωσις* verweisende Klauseln sich nicht für alle Arten privater Handscheine, sondern nur für bestimmte Rechtsgeschäfte, für andere hingegen niemals nachweisen lassen. Die Rechtsgeschäfte, welche im Falle privater Beurkundung auf die *δημοσίωσις* Bezug zu nehmen pflegen, sind die folgenden: 1. alle Verfügungen, die Immobilien zum Gegenstand haben, gleichviel welchen Inhalts sie sind, wie Kauf-, Tausch-, Schenkungs-, Teilungs- und Pfandverträge; 2. Schuldscheine, und zwar fast ausnahmslos nur solche, die eine Exekutions- (*πρᾶξις*-) Klausel enthalten (gleichviel ob mit oder ohne „*καθάπερ ἐκ δίκης*“), wie Darlehens-, Verwahrungs- und Eheverträge; 3. einige Quittungen, die — soweit die Begründungsform des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses aus ihnen zu ersehen ist — die Tilgung solcher Schuldverhältnisse bezwecken, welche in einer öffentlichen Urkunde verbrieft worden sind. Demgegenüber wird einer zukünftigen *δημοσίωσις* niemals gedacht in den sehr zahlreichen Handscheinen, die Rechtsgeschäfte über Mobilien enthalten, ferner in den chirographisch abgeschlossenen Pacht- und Mietverträgen, schließlich in der großen Menge jener Quittungscheirographa, die nicht die (volle oder teilweise) Aufhebung von Schuldverhältnissen bezwecken, sondern die Existenz des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen die Zahlung erfolgt, unberührt lassen (Quittungen über Kaufpreis, Miet- und Pachtzins, Zinsen, Alimente usw.). Wenn aber das reiche Material der hierher gehörigen Urkunden zu dem Ergebnis führt, daß man der *δημοσίωσις* nur beim Abschluß der zuerst genannten Rechtsgeschäfte, niemals auch bei dem der übrigen zu gedenken pflegte, so ergibt sich daraus der weitere Schluß, daß das Institut der *δημοσίωσις* selbst nur auf die ersteren berechnet gewesen ist. Allerdings sind die Urkunden-

klauseln, welche auf die zukünftige Registrierung hinweisen, wahrscheinlich keine formelle Voraussetzung für die Vornahme der *δημοσίωσις* gewesen (wenn wir auch bisher kein Beispiel dafür haben, daß dieselbe ohne eine solche Klausel durchgeführt worden wäre), aber die ganz konsequente Praxis der Urkundenschreiber im Gebrauch dieser Klauseln läßt es trotzdem als zweifellos erscheinen, daß die Vornahme der *δημοσίωσις* wenigstens normalerweise nur für die erste Gruppe von Rechtsgeschäften, für die andere hingegen nicht in Frage kam. Das zur Zeit vorhandene Material an direkten Beispielen für die Vornahme der *δημοσίωσις* steht mit dieser Folgerung in vollster Übereinstimmung, da dieselbe in der Tat bisher nur in bezug auf solche Rechtsgeschäfte beobachtet werden konnte, bei welchen wir Klauseln über die zukünftige *δημοσίωσις* finden.

Dies Ergebnis, wonach das normale Anwendungsgebiet der *δημοσίωσις* ein beschränktes war, ist, wie Schwarz betont, für die Erkenntnis ihres Zwecks von Bedeutung. Zunächst erscheint dasselbe mit der Auffassung nicht vereinbar, nach welcher die *δημοσίωσις* die Voraussetzung für die prozessuale Produktion von Handscheinen gewesen wäre, eine Ansicht, die in der bisherigen Literatur am meisten im Vordergrund gestanden hat, allerdings aber auch als eine bloß unsichere und unbeweisbare Annahme hingestellt wurde (s. meine Grundzüge der Papyruskunde S. 83f.). Sie ist dadurch entstanden, daß man die *δημοσίωσις* zuerst in Verbindung mit einer gerichtlichen Geltendmachung von Handscheinen beobachtet hatte (BGU. II 578), wobei es sich jedoch nicht um prozessuale Produktion, sondern um die Geltendmachung exekutiver Urkunden auf dem Wege des Mahnverfahrens handelt, was mit der ersteren Art gerichtlicher Verwendung bekanntlich nichts zu schaffen hat, in den Anfängen der Papyrusforschung aber noch nicht völlig von dieser auseinandergehalten werden konnte. Wäre aber die *δημοσίωσις* wirklich die Voraussetzung für die prozessuale Produktion der Handscheine gewesen, so müßte sie bei allen Arten der Geschäftsurkunden ohne Unterschied angewendet worden sein. Mit der Tatsache, daß letzteres nicht der Fall gewesen ist, vermag diese Lehre folglich nicht vereint zu werden. Es läßt sich denn auch innerhalb der Papyrusurkunden eine ganze Reihe von Beispielen aufweisen, in welchen wir die prozessuale Produktion von Handscheinen beobachten können, ohne daß von ihrer Registrierung Erwähnung getan wäre. Wenn das Stillschweigen dieser Quellen allein zu bestimmten Folgerungen auch nicht berechtigen würde, so sind einige derselben doch so geartet, daß dies Stillschweigen als sehr auffallend erscheinen müßte, wenn in der Tat die *δημοσίωσις* die wesentliche Voraussetzung gewesen wäre, um sich im Prozeß auf den Handschein berufen zu können (so insbesondere P. Oxy. IV 706 = Mitteis, Chrest. 81; P. Flor. 61 = Mitteis, Chrest. 80; vgl. auch P. Oxy. I 71 = Mitteis, Chrest. 62).

Auch das wenige, was diesbezügliche direkte Quellenäußerungen über den Zweck der *δημοσίωσις* erkennen lassen, deutet in eine andere Richtung. Das Wichtigste hierbei ist die Zweckangabe, mit welcher

einige um Vornahme der δημοσίωσις eingereichte Gesuche ihr Petit motivieren: πρὸς τὸ μένειν τὰ ἀπὸ αὐτῆς (scil. ἀσφαλείας) δίκαια ὡς ἀπὸ δημοσίου χρηματισμοῦ (so in P. Lips. 10; P. Oxy. IX 1200). Danach sollte die δημοσίωσις dem auf Grund einer privaten Urkunde Berechtigten diejenige Rechtsstellung verschaffen, die sich aus einer öffentlichen Urkunde ergibt. Die allgemeine Neigung geht dahin, den praktischen Unterschied privater und öffentlicher Urkunden vor allem in ihrer stärkeren und schwächeren Beweisfähigkeit zu finden. Ob demgemäß die Bedeutung der δημοσίωσις nicht gerade darin bestand, die Beweiskraft der privaten Urkunde zu steigern, ist denn auch schon mehrfach erwogen worden. Aber ganz abgesehen von anderen dagegen sprechenden Bedenken, scheint eine derartige Lösung der Frage wiederum mit der Tatsache nicht in Einklang zu stehen, daß die δημοσίωσις nur für bestimmte Rechtsgeschäfte zur Anwendung gelangte. Denn die Neigung, die Beweiskraft der Urkunde zu steigern, kann nicht auf einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften beschränkt gedacht werden, wie wir denn in der Tat beobachten können, daß alle Rechtsgeschäfte, also auch die, welche der δημοσίωσις nicht unterworfen waren, oft öffentlich beurkundet worden sind. Die Frage ist demnach dahin zu formulieren, ob sich nicht besondere Vorteile entdecken lassen, mit welchen die öffentliche Beurkundung im Gegensatz zur privaten nur in betreff jener Rechtsgeschäfte verbunden gewesen ist, in betreff welcher wir die δημοσίωσις beobachten können? Dies ist in der Tat gerade in betreff jener drei Rechtsgeschäftsgruppen der Fall, für welche uns die δημοσίωσις überliefert ist, wodurch es von der anderen Seite seine Stütze und Erklärung findet, daß und warum gerade diese Geschäfte der δημοσίωσις unterworfen waren. Worin diese Vorteile der öffentlichen Beurkundung bestanden haben, dies für die genannten drei Geschäftsgruppen einzeln zu verfolgen, setzt sich der Verfasser, nachdem er in den bisher wiedergegebenen Ausführungen die älteren Anschauungen über ihren Zweck beseitigt hat, nunmehr zu seiner positiven Aufgabe.

a) Am sichersten läßt sich, sagt Schwarz, diese Frage für die Schuldscheine beantworten. In betreff dieser ist die δημοσίωσις deutlich zu dem Zweck erfolgt, um sie auf dem Wege des Mahnverfahrens geltend zu machen und daraufhin mittelst Zwangsvollstreckung realisieren zu können. Demgegenüber konnten öffentlich errichtete Schuldscheine ohne weiteres auf dem Wege des Mahnverfahrens geltend gemacht werden, und zwar — nach der neuerdings auf Grund entscheidender Indizien herrschend gewordenen Ansicht — ohne Rücksicht darauf, ob die Urkunde die „καθάπερ ἐκ δίκης"-Klausel enthielt oder nicht. Bedenkt man aber dies letztere Moment, so drängt sich, meint der Verfasser, die Frage auf, was denn dann der praktische Unterschied zwischen öffentlichen Urkunden mit und ohne „καθάπερ ἐκ δίκης"-Klausel gewesen sein mag und ob man die Konsequenz dieser neueren Anschauung nicht dahin ziehen dürfe, daß die öffentlich beurkundeten Schuldscheine schlechthin exekutiv gewesen sind. Diese auf indirektem Weg sich ergebende Möglichkeit läßt sich denn auch, wie er behauptet, direkt mit

vollster Sicherheit beweisen. Überblickt man nämlich die notariell errichteten, auf unbedingte Mengenleistungen gerichteten Schuldscheine, wie Verträge über Darlehen, Verwahrung, Lieferungskauf, Ehe, Pacht und Miete, so läßt sich feststellen, daß dieselben in der Ptolemäerzeit sämtlich mit der Klausel der „*πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκ.*“ versehen waren. Dies änderte sich in der früheren Kaiserzeit dahin, daß diese *πρᾶξις*-Klauseln nicht selten ohne die Anfügung der Worte „*καθάπερ ἐκ δίκης*“ stilisiert erscheinen (mit Ausnahme der Synchoresisurkunden, wo immer das Gegenteil der Fall ist), während notarielle Schuldscheine ohne jedwede *πρᾶξις*-Klausel auch jetzt nur höchst selten, ganz vereinzelt begegnen. Ob nun die *πρᾶξις*-Klauseln mit und ohne „*καθ. ἐκ δίκ.*“ gleichwertig waren oder eine verschiedene Bedeutung hatten, ist eine alte Streitfrage, die jedoch für das römische Ägypten von Schwarz entschieden im ersteren Sinne beantwortet wird. Dafür spricht, daß die einfachen *πρᾶξις*-Klauseln ausschließlich im Kreise jener Geschäfte begegnen, die gewöhnlich auch die „*καθάπερ ἐκ δίκης*“-Klausel enthielten (so z. B. niemals bei Kauf- und Übereignungsgeschäften in betreff der Vertragsstrafe), was unerklärlich wäre, wenn diese Klauseln nicht die Exequibilität, sondern bloß die selbstverständliche Folge der Haftung hätten aussprechen wollen, während es andererseits ebenso unerklärlich wäre, wenn man im Kreise der regelmäßig exekutiv formulierten Schuldscheine die wichtige Folge der Exequibilität bloß durch Weglassung der Worte „*καθάπερ ἐκ δίκης*“, also in einer zu Zweifeln und Mißverständnissen allzu leicht Anlaß gebenden Weise hätte ausschließen wollen, wo es doch in diesem Fall viel klarer und einfacher gewesen wäre, die ganze *πρᾶξις*-Klausel überhaupt wegzulassen. Wenn hiermit die exekutive Natur der überwiegenden Mehrzahl aller notariellen Schuldscheine direkt nachgewiesen erscheint, so ist weiterhin zu bedenken, daß die gerichtlichen Gläubigereingaben, welche — ohne daß ein Urteil vorliegen würde — auf Grund solcher Urkunden direkt um die Verfügung der Zwangsvollstreckung ansuchen, stets nur auf diese Urkunde allein hinweisen, nicht auch darauf, ob dieselbe eine Exekutivklausel enthielt (vgl. BGU. IV 1038 = Mitteis, Chrest. 240; P. Oxy. II 281 = Mitteis ibid. 66). Folglich ist es auf dies letztere Moment überhaupt nicht angekommen, so daß auch diejenigen, an der Zahl — wie gesagt — ganz wenigen öffentlichen Schuldscheine, die überhaupt keine *πρᾶξις*-Klausel enthalten, um nichts weniger als exekutive anzusprechen sind.

Die Entstehung dieses Rechtszustandes denkt Schwarz sich so, daß durch die ständige Anfügung der „*καθάπερ ἐκ δίκ.*“-Klausel — wie sie für die Ptolemäerzeit zu ersehen ist — der exekutive Charakter allmählich auf gewohnheitsrechtlichem Wege zur natürlichen Folge aller öffentlichen Schuldscheine wurde, wobei es dann auf diesbezügliche ausdrückliche Vereinbarungen überhaupt nicht mehr ankam. Auf diesem Wege hätte sich im ptolemäischen und frührömischen Ägypten dieselbe Entwicklung vollzogen, die für die romanischen Völker des Mittelalters in betreff des instrumentum guarentigiatum schon vorlängst aufgedeckt worden ist. In Ägypten ist dies Rechtsprinzip von weit geringerer prakti-

scher Schärfe gewesen als in manchen jener mittelalterlichen Kulturen, da das in geregelte Abschnitte gespaltene, der Verteidigung des Schuldners weiten Spielraum lassende, langsame Exekutionsverfahren des ägyptischen Provinzialrechts der früheren Kaiserzeit keinerlei Gefahren in sich trug und man dasselbe wahrscheinlich nur wegen der noch unbequemeren Gestalt der Konventgerichtsbarkeit so häufig angewendet haben wird. So stehen denn dem erwähnten Ergebnis nach Ansicht des Verfassers keinerlei Bedenken im Wege. Damit ist aber für diese Gruppe von Rechtsgeschäften eine scharfe Kluft zwischen öffentlichen und privaten Urkunden nachgewiesen, und die *δημοσίωσις* hatte die Aufgabe, dieselbe für die letzteren zu überbrücken. Dies konnte sie allerdings nur so weit, als die Schuldcheirographa eine ausdrückliche *πρᾶξις*-Klausel enthielten. Denn eine solche wird bei diesen sehr häufig vermißt, so daß hier die Exequibilität allerdings nur im Fall ausdrücklicher Vereinbarung eintrat. Soweit dies jedoch geschah, hat erst die *δημοσίωσις* das in Aussicht genommene Verfahren ermöglicht, während dasselbe auf Grund öffentlicher Schuldscheine ohne weiteres und immer angestrengt werden konnte.

b) Die Bedeutung der *δημοσίωσις* und der öffentlichen Beurkundung im Kreise der Quittungen erklärt sich aus jenen Prinzipien, die aus dem ptolemäisch-römischen Papyrusmaterial in betreff der Form der Quittungsurkunde überhaupt abgeleitet werden können. Diesbezüglich ist schon vor längerem eine Relation zwischen der Form der Quittung und des getilgten Schuldscheins beobachtet worden (vgl. Gradenwitz, Einführung in die Papyruskunde 121). Dieselbe trifft auch für den größten Teil des inzwischen beträchtlich angewachsenen Materials zu und geht dahin, daß regelmäßig Schuldscheine in Form einer Synchoresisurkunde wiederum durch Synchoresisurkunden, agoranomische Schuldscheine durch agoranomische Quittungen, Diagraphai durch Diagraphai quittiert zu werden pflegten. Daneben aber lassen sich auch Fälle beobachten, für welche eine derartig präzise Formkorrespondenz nicht zutrifft, die aber trotzdem als völlig korrekte Quittungen bewertet werden müssen. So wird z. B. in BGU. II 472 eine Darlehenshomologie mittelst einer Diagraphe, in BGU. IV 1135 eine *νομογραφικὴ ἐπιστολή* mittelst Synchoresisurkunde, in BGU. IV 1167 I ein *πιττάκιον* ebenfalls mittelst Synchoresisurkunde, in P. Grenf. II 69 ein Cheirographon mittelst Homologie, in P. Lond. III p. 158f. ein registriertes Cheirographon mittelst Diagraphe quittiert. In diesen Fällen erscheinen private Urkunden durch öffentliche, oder öffentliche zwar durch öffentliche, aber nicht gleichförmige Urkunden quittiert. Wenn sich demnach in diesen Fällen eine genaue Formkorrespondenz auch nicht behaupten läßt, so ist doch in ihnen die Form der Quittung im Verhältnis zu der des Schuldscheins zumindest eine gleichwertige oder sogar eine stärkere gewesen. Wo hingegen — was mehrfach beobachtet werden kann — öffentliche Schuldscheine durch private Urkunden quittiert werden, da scheint dies den Parteien nicht zu genügen, vielmehr legen sie in solchen Fällen Gewicht darauf, auch noch eine öffentliche Quittung zu erlangen (vgl. BGU. I 44 mit II 415 =

Mitteis, Chrest. 178; P. Lond. III p. 135f.; vgl. auch BGU. I 260 = Mitteis, Chrest. 137). Da ist nun die eingangs erwähnte Tatsache sehr bezeichnend, daß gerade derartige Quittungscheirographa, die sich auf öffentliche Schuldscheine beziehen, mehrfach die Klausel über die zukünftige δημοσίωσις aufweisen (vgl. P. Teb. II 396; P. Lond. II p. 207; BGU. I 260). Aus alledem ergibt sich demnach, daß die genaue Formkorrespondenz zwischen Schuldschein und Quittung zwar sehr beliebt, aber allem Anschein nach nicht schlechthin notwendig gewesen ist: nur wo ein öffentlich errichteter Schuldschein vorlag, wurde Gewicht darauf gelegt, die Quittung in einer öffentlichen Urkunde oder in einem öffentlich registrierten Handschein zu verbriefen. Dies zeigt aber wieder mit ganz besonderer Deutlichkeit, daß die δημοσίωσις privater Urkunden dort in Aussicht genommen wurde, wo die Öffentlichkeit der Beurkundung von Bedeutung war.

Schwieriger, als diese Tatsachen festzustellen, ist es, ihre juristische Bedeutung zu ermessen. Es könnte zunächst naheliegen — und dieser Gedanke scheint in der Literatur ab und zu anzuklingen —, an ein Prinzip des contrarius actus in dem Sinne zu denken, als ob zur Aufhebung einer verbrieften Obligation eine Quittierung in der eben bestimmten Form erforderlich gewesen wäre. Von der Geltung eines derartigen Prinzips kann jedoch, wie Verfasser behauptet, im gräko-ägyptischen wie im griechischen Recht überhaupt nicht die Rede sein. Ganz abgesehen davon, daß die Annahme eines derart formalistischen Prinzips in einem so verkehrsfähigen und formfreien Recht, wie das griechische, schon an und für sich als bedenklich erscheinen müßte, glaubt er auch aus positiven Quellenzeugnissen mit Sicherheit das Gegenteil ableiten zu können. So z. B. aus BGU. IV 1158 = Mitteis, Chrest. 234; s. das Nähere bei Schwarz S. 84f. In Anbetracht dessen hält er es auch für ausgeschlossen, daß die Schuld fortbestanden hätte, weil eine Quittung seitens des Gläubigers nicht erteilt worden war. Wäre letzteres der Fall gewesen, so hätte die Quittierungspflicht des Gläubigers in den Schuldscheinen weit häufiger ausgesprochen werden müssen, als derartiges beobachtet werden kann. Man hätte in diesem Fall auch nicht versäumt, die diesbezügliche Pflicht des Gläubigers mit der in der gräko-ägyptischen Notariatspraxis so häufig angewendeten Vertragsstrafe zu versehen. Überdies aber zeige auch die Stilisierung der Verfügungsbeschränkungen des Gläubigers in den Pfandverträgen (ἄχρι οὗ ἀποδῶ ἢ πραχθῶ; ἕως δ' ἂν ἀποδῶσι usw.), daß die Pfandhaftung und sonach — zumal in einer Rechtsordnung, welche dem Gedanken reiner Sachhaftung so nahe stand — auch die Schuld bereits durch die Zahlung des Schuldners zum Erlöschen kam und daß der Akt formeller Quittierung keine Voraussetzung dieser Wirkung gewesen ist. Dasselbe findet Schwarz auch für die altgriechischen Quellen deutlich erkennbar: denn wenn auch die attischen Redner neben der Zahlung mannigfach auch noch auf die ἀναίρεσις der συγγραφή hinweisen, so läßt es sich doch auf Grund der Rede des Demosthenes gegen Phormio und anderer Quellen beweisen, daß bereits der Zahlung allein schuldaufhebende Wirksamkeit zukam.

Wenn demnach den Quittungen unmöglich eine so weittragende Bedeutung zugesprochen werden kann, so könnte man die juristische Funktion der Quittungsform in der bloßen Beweiswirkung suchen. Dagegen spricht jedoch die Erwägung, daß der bloße Beweiswert bei jenen Quittungen, die nicht die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses, sonder Zahlungen ohne eine solche Wirkung beurkunden, um nichts weniger wesentlich sein mußte; trotzdem ist in betreff dieser Quittungen von der Wirkung des dargelegten Formprinzips, wie auch von gelegentlicher *δημοσίωσις* nichts zu bemerken.

So wird man denn, schließt Schwarz weiter, auch jenen Quittungen, für welche jenes Formprinzip gilt, eine über die bloße Beweiswirkung hinausgehende Wirksamkeit zuerkennen und ihnen — wenn auch lange nicht in so weitgehendem Maße, wie es vom Standpunkt der Annahme eines contrarius actus der Fall wäre — dispositiven Charakter zuschreiben müssen. Dafür spricht allerdings nicht — woran gedacht worden ist — die auch Quittungen recht häufig angefügte Schlußklausel „*κυρία ἡ συγγραφή*“, welche im griechischen Ägypten als eine bloß floskelhafte Wendung lokaler Natur im Urkundenstil gewisser Gaue erscheint. Hingegen ergibt sich dieser dispositive Charakter einerseits aus dem ständigen Inhalt dieser Quittungen, indem sie neben dem Empfangsbekenntnis des Gläubigers stets auch dessen Erklärung verbriefen, gegen den Schuldner keinerlei weitere Ansprüche zu haben — andererseits aus der terminologischen Erscheinung, wonach diese quittierende Tätigkeit des Gläubigers häufig als *περίλυσις* bezeichnet wird, was schon wegen der auf Lösung hinweisenden Bedeutung dieses Ausdrucks schwerlich auf die Ausstellung einer bloßen Zeugnisquittung bezogen werden kann. Derartige Quittungen scheinen vielmehr die Tendenz verfolgt zu haben, kraft ihres das Erloschensein aller Ansprüche anerkennenden Inhaltes in betreff der durch die Zahlung bereits getilgten Forderung einen weiteren Aufhebungsgrund zu schaffen, so daß die Forderung daraufhin schon allein infolge der Errichtung einer derartigen Quittung, ganz ohne Rücksicht auf die Zahlung, nicht wieder geltend gemacht werden konnte. Demgemäß faßt unser Autor den Effekt dieser Quittungen so auf, wie er in der modernen Literatur mit der Vorstellung des negativen Anerkenntnisvertrages verknüpft erscheint. Infolgedessen seien solche Quittungen n Ägypten auch als Form der Erlaßverträge verwendet worden. Demnach habe das vorhin festgestellte Formprinzip nur für diese als negative Anerkenntnisverträge wirkende Quittungen, aber nicht auch für die bloßen Zeugnisquittungen gegolten, und nur die ersteren, nicht auch die letzteren seien als Fälle der *περίλυσις* angesehen worden. Damit nun eine Quittung einem öffentlichen Schuldschein gegenüber eine derartig dispositive Wirkung ausüben konnte, mußte sie jenen Formerfordernissen genügen, d. h. ebenfalls in öffentlicher Form errichtet oder zumindest öffentlich registriert werden.

Zur Unterstützung der vorstehenden Unterscheidungen vermag der Verfasser (S. 146) auch noch die Erscheinung anzuführen, daß in den bloß chirographisch beurkundeten Quittungen die Erklärung, daß

keine Ansprüche mehr bestehen sollen, mitunter vermißt wird und daß in P. Lond. III p. 136f., wo eine diagraphisch errichtete Schuldurkunde zunächst mittelst privaten Handscheins, später aber auch mittelst Diagraphe quittiert wird, diese letztere Quittung von der ersten ausdrücklich als *περίλυσις* unterschieden wird.

c) Am deutlichsten kann es im Kreise der auf Immobilien bezüglichen Verfügungen beobachtet werden, daß die bloß private Beurkundung den Parteien nicht als genügend erschien. So findet sich denn einerseits in den hierher gehörigen Cheirographa fast ausnahmslos der Hinweis auf die vorzunehmende *δημοσίωσις*, andererseits wird über die Verfügung neben der privaten häufig auch noch eine öffentliche Urkunde errichtet (BGU. I 50, CPR. 198, P. Oxy. II 241f.). Diese öffentliche Urkunde wird im Gegensatz zu der ihr vorangehenden privaten häufig als die *καταγραφή* bezeichnet. Die Frage nach dem Verhältnis der beiden veranlaßt den Autor zu einer Untersuchung über das Problem des sogenannten „gespaltenen Kaufs" im ptolemäisch-römischen Urkundenmaterial. Dabei ergibt sich für den Fall, daß nach dem chirographisch abgeschlossenen Kauf auch noch eine öffentliche *καταγραφή* errichtet wurde, daß die letztere zu der ersteren inhaltlich nichts Neues hinzufügte, sondern bloß die Aufgabe hatte, denselben Geschäftsinhalt auch öffentlich zu beurkunden. Denn auch die chirographisch abgeschlossenen Kaufverträge zeigen deutlich eigentumsübertragende Tendenz, indem sie dem Käufer das Recht des *κρατεῖν καὶ κυριεύειν* zusichern, wie denn dies überhaupt — mit Ausnahme der in der Römerzeit immer mehr in den Hintergrund tretenden Kaufprotokolle — in betreff aller Kaufformen der Kaiserzeit der Fall war. Unwirksam sind die bloßen Cheirographa in dieser Hinsicht sicher auch nicht gewesen. Worin aber die juristische Bedeutung der öffentlichen Beurkundung bestanden hat, läßt sich nicht sicher entscheiden. Wenn es diesbezüglich auch naheliegt, an gewisse praktische Vorzüge vom Standpunkt des Grundbuchwesens zu denken, so lassen sich doch auch dafür Indizien nachweisen, daß die öffentliche Beurkundung im Gegensatz zur privaten im Falle der Eigentumsübertragung an Grundstücken gegenüber dritten Personen eine stärkere Wirksamkeit ausgeübt hat, wodurch es sich erklären würde, daß der Begriff der *καταγραφή* anscheinend nur auf öffentlich beurkundete Übereignungsgeschäfte Anwendung findet. Nach einer jüngst ausgesprochenen Hypothese hätte die *δημοσίωσις* im Falle der Übereignungsgeschäfte eine ähnliche Wirksamkeit ausgeübt (vgl. meine Grundzüge der Papyruskunde p. 84) und dann wäre die materiellrechtliche Bedeutung der *δημοσίωσις* auch in dieser Rechtsgeschäftsgruppe dahin gegangen, die private Beurkundung mit den Vorzügen der öffentlichen zu versehen.

Daß man der *δημοσίωσις* im Kreise der Mobilien nicht begegnet, erklärt sich durch den tiefgreifenden Gegensatz, welcher Mobilien und Immobilien im gräko-ägyptischen Rechte trennt. Nur Sklaven und vielleicht auch Schiffe scheinen denselben Grundsätzen unterworfen gewesen zu sein wie Grundstücke: für diese Fahrnisgruppen hätte sich dann ein Prozeß der juristischen Immobilisation vollzogen. In betreff der

übrigen Mobilien, von welchen insbesondere für Tiere ein reicheres Urkundenmaterial vorliegt, ist hingegen vor allem die Tatsache von Bedeutung, daß die auf dieselben bezüglichen Übertragungsverträge niemals das Recht des *κυριεύειν* zusichern, wie denn überhaupt die Begriffe *κυρεία* und *δεσποτεία* in bezug auf diese Mobilien im vorbyzantinischen Recht sich nicht nachweisen lassen. Dies kann in Anbetracht des reichen Beobachtungsmaterials, das die bezüglichen Kauf-, Pfand- und Eheverträge bieten, als gesicherte Tatsache gelten und vermag nicht als Zufall angesehen zu werden. Überdies ist dies eine Erscheinung, die in mittelalterlichen Rechten ihre vollkommene Parallele findet. Damit stimmt überein, daß auch der Begriff der *καταγραφή*, der mit dem der *κυρεία* zusammenhängt, in bezug auf Mobilien (mit Ausnahme von Sklaven) noch nicht nachgewiesen werden konnte, wie denn für dieselben auch die Verpfändung nur in der Form des Faustpfandes und nicht in der der besitzlosen Pfandrechte beobachtet werden kann.

Ob man — und hier berührt Schwarz einen fundamental wichtigen Punkt — aus diesen Einzelerscheinungen, die sämtlich in betreff dessen, was wir als Korrelate des Eigentumsbegriffs ansehen, einen Gegensatz zwischen Mobilien und Immobilien zeigen, die Folgerung wird ableiten dürfen, daß es in bezug auf Mobilien keinen dinglichen Rechtsschutz gegeben hat, wird sich, so sagt er mit berechtigter Vorsicht, einstweilen nicht sicher entscheiden lassen; doch benutzt er (S. 290) die Gelegenheit, darauf hinzuweisen, daß wir in den Papyri Rechtsfälle finden, in welchen das Recht an Mobilien gegen Dritte anscheinend (gegenüber bloß zwei Beweisstücken ist immer große Vorsicht am Platze) nicht geltend gemacht werden kann (P. Fay. 12; P. Magd. 13).

d) Wie der Verfasser in einer kurzen Schlußbetrachtung S. 294 zusammenfassend bemerkt, kann das Bild, das diese Einzelerscheinungen bieten, insofern als ein geschlossenes erscheinen, als in der Tat für jene bestimmten Rechtsgeschäftsarten, für welche die *δημοσίωσις* allein nachweisbar ist, sich wesentliche Vorteile nachweisen lassen, mit welchen die öffentliche Beurkundung im Gegensatz zur privaten verbunden war. Diese Vorteile sind materiellrechtlicher, nicht prozessualer Natur gewesen, obschon der Ausgangspunkt für ihre Entstehung aller Wahrscheinlichkeit nach in der stärkeren Beweiskraft gelegen ist. So weit allerdings scheint die gräko-ägyptische Entwicklung nicht gelangt zu sein, daß die öffentliche Beurkundung als Voraussetzung der Gültigkeit irgendeines Rechtsgeschäfts in Frage gekommen wäre, vielmehr hat dieselbe den Rechtsgeschäften bloß eine stärkere Wirksamkeit gegeben, als es private Urkunden zu verschaffen fähig gewesen wären. Die *δημοσίωσις* war aber das Institut, welches den privaten Urkunden diese Vorzüge nachträglich zu verschaffen imstande war.

Mein Bericht ist zu Ende. Da ich von vornherein erklärt habe, mir in den vom Verfasser behandelten Fragen noch Bedenkzeit vorbehalten zu müssen, will ich von ihm Abschied nehmen; aber nicht, ohne ihm auf alle Fälle für die von ihm geleistete ausgezeichnete Arbeit Dank und Anerkennung ausgesprochen zu haben. Mit der Be-

herrschung des Materials steht die ruhige Reife und Besonnenheit in seiner Verwertung auf gleicher Höhe. Dabei hat man nie den Eindruck, daß der Verfasser in seinem Stoff erstickt; vielmehr empfindet man überall die Oberherrschaft kräftiger und gesunder Gedanken, die nebstbei immer zu Ende gedacht sind. Nicht alle Probleme, die hier berührt worden sind, erscheinen vom Verfasser gelöst; insbesondere in der *καταγραφή*-Frage muß auch er, wie wir alle, noch ein Fragezeichen stehenlassen. Aber das liegt in der Eigenart des Stoffs; und was die Exekutivurkunden betrifft, konnte Schwarz schon jetzt sehr positiv gefaßte Behauptungen aufstellen, die sich auch der rechtsvergleichenden Forschung gut einordnen. Den Ursprung der Exekutivklausel *καθάπερ ἐκ δίκης*, wie ich ihn, Reichsr. und Volksr. S. 413ff., für das altgriechische Recht vermutungsweise glaube aufgespürt zu haben, berühren seine Forschungen nicht; aber für ihre Fortentwicklung und Bedeutung im gräko-ägyptischen Recht stellt er doch Gesichtspunkte auf, welche sie in ganz neuem Licht erscheinen lassen.

Leipzig, November 1920. Mitteis.

Artur Steinwenter, Studien zu den koptischen Rechtsurkunden aus Oberägypten (Studien zur Palaeographie und Papyruskunde, herausgeg. von Dr. C. Wessely XIX). Leipzig, Haessel 1920. 79 S.[1])

Die koptischen Rechtsurkunden sind bisher von der juristischen Papyrusforschung so gut wie nicht beachtet worden. Die Ursache dieser Vernachlässigung liegt nicht so sehr in der verhältnismäßig geringeren rechtshistorischen Bedeutung dieser Texte als vielmehr in sprachlichen Schwierigkeiten. Übersetzt ist nur ein ganz geringer Teil, und selbst wenn dem nicht so wäre, wäre die volle Ausschöpfung dieser Urkunden nur dem möglich, der ihre Sprache versteht. Die Aufgabe ist gewiß lohnend. Wer nur einen flüchtigen Blick in die koptischen Privaturkunden getan hat, etwa in die Urkunden aus Djême (castra Memnonia auf dem Boden der alten thebanischen Totenstadt Memnonia), die Crum und Steindorff vor einigen Jahren veröffentlicht haben[2]), wird sich rasch überzeugen, daß das Formular dieser Urkunden dasjenige der griechisch-byzantinischen Texte des 6. Jahrhunderts ist, für die sich

---

[1]) Da die Druckerei über koptische Typen nicht verfügt, müssen koptische Zitate im folgenden transskribiert werden. Hierbei wird Schai mit *š*, Fai mit *f*, Hori mit *ḫ*, Dschandscha mit *dj*, Schima mit *ǵ*, der Murmelvokal, sofern der koptische Text ihn nicht mit e ausschreibt, durch *ə* umschrieben. Ferner *ω* = ô, *η* = ê, *υ* = u.

[2]) Koptische Rechtsurkunden des 8. Jahrhunderts aus Djême I, Leipzig 1912 (123 Nummern. Abgekürzt im folgenden KRU.). Ein zweiter Band, der die Übersetzungen bringen soll, ist in Aussicht gestellt. Die Publikation enthält den größten Teil der bisher bekannt gewordenen Privaturkunden.

das Material gerade in letzter Zeit erfreulich vermehrt hat. In diesem Punkte ist, wie der Verfasser der hier angezeigten Schrift mit Recht betont, die rechtsgeschichtliche Bedeutung der koptischen Rechtsurkunden in erster Linie zu suchen. Freilich mit einer gewissen Einschränkung. Seitdem mit der arabischen Eroberung Ägypten aus dem Verbande des byzantinischen Reichs ausgeschieden war, war die lebendige Verbindung der koptischen Privatnotare — nur solche kommen in Frage — mit der byzantinischen Notariatspraxis, vor allem der hauptstädtischen unterbrochen. Die koptischen Rechtsurkunden haben daher an der späteren Entwicklung der byzantinischen Urkunde kaum mehr teilgenommen, wohl aber haben die koptischen Urkundenschreiber die überlieferten Formulare und Klauseln, die Termini technici der byzantinischen Urkunden, welch letztere sie zum größten Teil nicht übersetzten, getreulich bewahrt, freilich zum Teile nicht mehr verstanden und daher auch degeneriert. Das letztere darf bei dem relativ geringen Bildungsgrade der koptischen Notarien, wenigstens in den entlegenen oberägyptischen Dörfern, woher unser Material hauptsächlich stammt, nicht wundernehmen.[1]) Aber auch mit dieser Einschränkung ist das koptische Material für das Studium der byzantinischen Urkunde noch immer von hohem Wert.

In zweiter Linie stehen die Probleme der ägyptischen Rechtsgeschichte, zu welchen die koptischen Urkunden herangezogen werden müssen. Es handelt sich namentlich um die Frage, ob und wieweit enchorisches Recht in den koptischen Urkunden nachgewiesen werden kann.[2]) Die Frage ist recht schwierig. Denn wie der Verfasser (S. 3) mit Recht aufmerksam macht, fehlt beim heutigen Stande unserer Überlieferung eine Brücke zwischen den demotischen und den koptischen Rechtsurkunden. Die letzteren sind von den spätesten demotischen Texten durch einen Zeitraum von ungefähr 300 Jahren getrennt. Nichtsdestoweniger glaubt der Verfasser an dem einen oder anderen Punkte den Einfluß demotischer Formulare vermuten zu können. So z. B. (S. 58f.) bei den typischen Verzichtsklauseln, in denen der Verzichtende erklärt, den Gegner nicht belangen zu wollen, und zwar unter Nennung aller möglichen Instanzen, bei denen er seine Klage anbringen könnte. Dieser Teil der Klausel könnte in ähnlichen Formulierungen demotischer Verzichtsklauseln, wofür P. dem. Straßb. Wiss. Ges. 18_4 f. ein Beispiel gibt, sein Vorbild gehabt haben. Der Hauptsache nach wird aber das koptische Recht wohl byzantinisches Recht gewesen sein. Dieses Recht, auch soweit es auf byzantinischen Kaisergesetzen beruhte, hat dann gewohnheitsmäßig als Personalrecht der Kopten unter der arabischen

[1]) Eine gewisse Tradition muß allerdings in den koptischen Schreiberschulen gepflegt worden sein, deren Existenz für Antinoe der Verfasser S. 65 aus einer koptischen Mönchslegende (Zoëga, Catal. cod. coptic. 549) nachweist. Der dort erwähnte *psaḥ ənnomikos əntpolis* wird vom Verfasser ansprechend in Parallele gesetzt zu den durch den liber eparchicus für Konstantinopel bezeugten *παιδοδιδάσκαλοι νομικοί*, die den zukünftigen Tabularien die notwendigen Rechtskenntnisse zu vermitteln hatten.

[2]) Diese Fragestellung betont Wenger, Sitz.-Ber. München, phil.-hist. Kl. (1914), 5. Abhandl. S. 17f.

Herrschaft weiter gegolten. Insoweit glaube ich dem Verfasser beistimmen zu können. Zweifelhaft ist mir hingegen, ob bei den koptischen Notaren des 8. Jahrhunderts noch das Bewußtsein lebendig war, daß gewisse Rechtseinrichtungen auf bestimmte Kaisergesetze zurückgehen. Der Verfasser (S. 63) will dies aus den Absolutions-, beziehungsweise Kompletionsklauseln schließen, die sich auf den *νόμος* oder die *νόμοι* berufen.[1]) Dieses „Gesetz“ könne nichts anderes sein als der Erlaß Justinians C. 4, 17, 21, der diese Einrichtungen schuf. Allein *νόμος* beziehungsweise *νόμοι* wird in den Djême-Urkunden wohl nur mehr farblos zur Bezeichnung der geltenden Rechtsordnung ohne Beziehung gerade auf bestimmte Gesetze gebraucht, und anders dürften wohl auch die vorliegenden Klauseln nicht gedeutet werden können.[2])

So viel über die koptischen Rechtsurkunden im allgemeinen. Der Verfasser behandelt indessen diejenigen Fragen, die wir mit ihm für die wichtigsten halten, nämlich das Verhältnis der koptischen zur byzantinischen Rechtsurkunde, nur nebenher in einigen Einzelheiten: S. 61f. koptische Privatnotare und Subskriptionen, S. 26f. Aktpräskripte der thebanischen Privaturkunden. Diese Urkunden erwähnen regelmäßig nach dem Datum, eingeleitet mit der Präposition *ənnaḥrən* (griechisch *ἐπί* mit Dativ) gewisse Magistrate, so den Pagarchen, den Dorfdioiketen oder den Dorfschulzen (*lašane).* Der Verfasser hat durchaus recht, wenn er *ennaḥrən* in dieser Verbindung nicht lokal „vor, bei“ — denn die Urkunden werden nicht vor den genannten Behörden, sondern vor dem Privatnotar errichtet —, sondern temporal faßt und demnach in der Klausel die Nennung eponymer Lokalmagistrate findet. Rätselhaft bleibt freilich die Herkunft dieser Eponymendatierungen. Der Verfasser (S. 31 [1]) vermutet einen Zusammenhang mit den in Vereinsurkunden vorkommenden Datierungen nach eponymen Vereinsorganen. Vielleicht darf nunmehr auf Lond. V 1708 (567 p. Chr.) hingewiesen werden, wo wir Datierungen begegnen wie Z. 79: *ἐπὶ τοῦ δευτέρου ἔτους τῆς ἀρχῆς Ἀπίωνος τοῦ ἐνδοξοτάτου πράττοντος*, Z. 86f.: *ἐπὶ Ὁρίωνος τοῦ προηγησαμένο(υ) ἔναγκος, τὴν ταξιαρχικὴν τότε ἐπέχοντος ἐξουσίαν.* Der Herausgeber Bell (p. 121 zu Z. 79) will zwar diese Eponymendaten auf den dux Thebaidis beziehen, und für einige wird dies wohl zutreffen.[3]) Auffallend

---

[1]) Vgl. z. B. KRU. 22_{56} ***ankaas ebol pros takollothia ənnomos*** „wir haben sie (die Urkunde) absolviert gemäß dem Gesetze“; KRU 23_{64}: ***ankaas ebol ḥipnomikos esdjêk ebol*** „wir haben sie absolviert beim Notar, indem sei vollendet ist (completio)“.

[2]) Vgl. z. B. KRU. 1_{17}f.: ***prasis . . . . ənatparasaleue əmmfo ebol ḥitootou ənənnomos*** „der unerschütterliche Kauf gemäß den Gesetzen“; ähnlich KRU. 41_{12}, 50_{7}. Vgl. ferner KRU. 70_{20}f. (in einem Testamente): „solange ich lebe ***einašôpe eio əndjoeis epetepбipe kata ənnomos əndikaion*** werde ich Herr sein über das mir Gehörige nach den gerechten Gesetzen“. Endlich aber gerade bezüglich der Absolutionsklausel: KRU. 90_{21}, 107_{31} (vgl. auch 87_{45}) ***ankaaf ebol pros takollothia ənennomos*** „wir haben absolviert gemäß den Gesetzen“.

[3]) So für P. Beaugé 2_{15}: *ἐπὶ τῆς ἀρχ(ῆς) Ἀθανασίο(υ) το[ῦ] ὑπ(ερ)φυεστά(του).* Dazu Maspéro, Bulletin de l'inst. franç. d'archéol. Orient. X 138f.

bleibt immerhin, daß der dux nicht mit seinem Titel bezeichnet und in Z. 86f. der Eponymat an die Taxiarchie geknüpft erscheint. Indessen auch wenn Bell recht hat und Lokalbehörden bei diesen Eponymendaten ausscheiden, bleibt es doch beachtlich, daß im 6. Jahrhundert eine Datierung nach untergeordneten Beamten geübt wurde.

Der Hauptteil der Untersuchungen des Verfassers ist einer spezielleren Frage gewidmet, nämlich der Behörden-, insbesondere der Gerichtsorganisation, wie sie sich auf Grund der koptischen Urkunden für das 8. Jahrhundert ergibt, allerdings eine Frage, die abseits vom Interesse weiterer Kreise liegt, die aber nicht zu umgehen ist, will man tiefer in das Verständnis dieser Texte eindringen. Wir schulden dem Verfasser Dank, daß er diese mühevollen Untersuchungen auf sich genommen und so für spätere Bearbeitungen der koptischen Urkunden die Bahn frei gemacht hat. Als Teil einer Einführung in die koptische Papyruskunde bezeichnet er selbst (S. 4) treffend seine Untersuchungen.

Behandelt werden die Organe der Gau- und Dorfverwaltung. Die erstere liegt in den Händen des Pagarchen, der als ordentlicher Jurisdiktionsmagistrat kraft eigenen Rechts für die Prozesse der Kopten charakterisiert wird. Diese Annahme ist m. E. nicht ohne Bedenken. Wir haben, wie der Verfasser S. 17 selbst anmerkt, kein sicheres Beispiel, daß der Pagarch ein Urteil gegen den Willen der unterlegenen Partei vollstreckt hätte. Immer wird vielmehr das Verfahren beendet durch eine *διάλυσις* der Parteien, durch welche sie sich dem Spruche des Pagarchen unterwerfen. Andererseits sehen wir aus den vom Verfasser S. 14 zitierten arabischen Papyri, daß der Statthalter auf Anrufen einer Partei den Pagarchen anweisen konnte, eine Entscheidung zu fällen. Der Verfasser meint, es handle sich hier um Antworten des Statthalters auf Immediatgesuche der Parteien, die veranlaßt wurden durch Verweigerung oder Verzögerung des Rechtsschutzes durch den Pagarchen, also um extraordinäre Fälle. Dagegen scheint mir jedoch die typische Formulierung dieser statthalterlichen Anweisungen zu sprechen, und ich möchte daher die Frage noch offen halten, ob nicht der Pagarch von sich aus auf eine friedensrichterliche Tätigkeit beschränkt war und eine autoritative Entscheidung nur kraft statthalterlicher Delegation fällen konnte. Sicherlich nur Friedensrichter war der *διοικητής*, das Organ der staatlichen Dorfverwaltung und der Dorfschulze, der in den Djême-Urkunden unter dem Namen *lašane* begegnet, anderweitig wie auch in Djême selbst *ape* „Vorsteher" heißt. Das griechische Äquivalent für diese Titel ist *πρωτοκωμητής* oder *μείζων*. Die griechischen Namen kommen in byzantinischen Urkunden auch als Standesbezeichnungen für die Dorfhonoratioren überhaupt vor, die in den koptischen Texten wiederum *ḥn noġ ənrôme* genannt werden, wie der Verfasser überzeugend nachweist. Der koptische Ausdruck ist in der Tat nichts anderes als die Übersetzung des griechischen *μείζονες* „große Männer".

Ich scheide von dem Werke mit dem Ausdrucke aufrichtigen Dankes. Der Verfasser, der, wie wohl kaum gesagt zu werden braucht, die Sprache der koptischen Texte beherrscht, hat durch seine Untersuchungen die

Bearbeitung der koptischen Rechtsurkunden wesentlich gefördert und wir dürfen mit Interesse den von ihm angekündigten weiteren Arbeiten entgegensehen, die sich mit der Urkundenlehre wie auch dem materiellen Recht befassen werden.

Leipzig. P. Koschaker.

Jean Pétrau-Gay, Évolution historique des exceptiones et des praescriptiones. Paris, Rousseau et Cie 1916. 279 S.

Die Entwicklung der exceptio im römischen Zivilprozeß hat Wlassak in den letzten Jahren zum Gegenstand eindringender Untersuchungen gemacht.[1]) Seine Ergebnisse sind kurz folgende: Im Spruchformelverfahren wird die exceptio verwirklicht durch prätorische Denegation der legis actio, also unter Verhinderung der Streitbefestigung und ohne Ausschlußwirkung. Die exceptio des Formularprozesses hingegen beruht auf der litis contestatio, dem Prozeßbegründungsakt der Parteien, und hat daher, gleichviel ob peremptorisch oder dilatorisch, immer Ausschlußwirkung. Als Mittelglied zwischen diese beiden Formen schiebt sich die praescriptio pro reo ein, indem sie die Streitbefestigung abhängig macht von der Bedingung der Unrichtigkeit der Exzeptionstatsachen. Hat sie mit der älteren Gestaltung gemeinsam, daß im Falle der Richtigkeit der Exzeptionstatsachen die abweisende Entscheidung des Richters keine Ausschlußwirkung hat, weil sie zufolge Vereitlung der Bedingung nicht mehr durch die Streitbefestigung gedeckt wird, so nähert sie sich der formularen exceptio, insofern sie die Entscheidung über die Einrede dem Richter überweist und als Formelbestandteil erst durch die Streitbefestigung, also als kontestierte praescriptio Wirkung erlangen kann.[2])

Wesentlich anders stellt die Entwicklung der exceptio dar die hier angezeigte Schrift, die einer Anregung der Romanisten der Lyoner Juristenfakultät Paul Huvelin ihre Entstehung verdankt. Radikaler als Wlassak, der die exceptio sozusagen nur funktionell in der l(egis)a(ctio) gelten läßt, verlegt der Verfasser sie sogar als formularen Bestandteil in das Spruchformelverfahren. Ihre Heimat soll das durch l. a. per iudicis postulationem vorbereitete Schätzungsverfahren sein, das erforderlich war, um das richterliche Judikat vollstreckungsreif zn machen, ein Verfahren, in dem der Verfasser, seinem Lehrer Huvelin[3]) folgend, das

---

[1]) Ursprung der röm. Einrede (1910), Praescriptio und bedingter Prozeß S.-Z. 33, 81–159 (1912).

[2]) Zustimmend Girard, Manuel de droit Rom. [6] (1918) 1022 [1], 1046 [2], nur daß er die denegatio als Vorstufe der exceptio erst in die nachäbutische l. a. verlegt, da er bekanntlich eine denegatio legis actionis in voräbutischer Zeit nicht wahrhaben will. Uneingeschränkt hat sich Wlassak angeschlossen Betti, Su la formola del processo civile Romano (Filangieri 1914), Sep.-Abdr. 28f., während die neueste Darstellung des röm. Zivilprozesses: Costa, Profilo storico del processo civile Romano (1918) 46 die praescriptio charakterisiert als una clausola, colla quale il magistrato ordina al giudice di tener conto . . di certe condizioni.

[3]) Mélanges Gérardin 319f.

Prototyp der späteren Formel findet. Der Begriff dieser ältesten exceptio habe als „Ausnahme“ von der intentio auch die spätere praescriptio pro actore umfaßt. Mit der lex Aebutia und der durch sie bedingten Umgestaltung der alten Formel der iudicis postulatio sei eine Spaltung (dédoublement) der einheitlichen exceptio eingetreten, indem exceptio nunmehr das formulare Verteidigungsmittel des Beklagten bezeichnete, während die klägerische exceptio zur praescriptio pro actore wurde. Die praescr. pro reo endlich sei nur eine terminologische Erscheinung, relativ spät rezipiert aus dem Sprachgebrauch der Rhetoren, der mit παραγραφή jede Einwendung gegen die Zulässigkeit der Klage bezeichnete.

Eine Kritik dieser Aufstellungen wird an der Theorie Huvelins über die Herkunft der Formel, die für sie ja die Prämisse bildet, nicht vorbeigehen können. Huvelin geht von einem m. E. richtigen Gedanken aus. Die Einführung des Verfahrens per concepta verba bedeutete alles eher als eine grundsätzliche Abkehr von den Prinzipien des Spruchformelverfahrens. Neu war zwar das Prozeßmittel, an Stelle der Spruchformel war die beweglichere Schriftformel getreten, hingegen blieben die Prinzipien des neuen Verfahrens dieselben, insbesondere baute sich das iudicium des Formularprozesses genau so wie in der l. a. auf dem Schiedsvertrage der Parteien auf. Unter solchen Umständen wäre es schon an sich, auch wenn wir das Zeugnis des Gaius 4, 10 über die actiones quae ad legis actionem exprimuntur nicht hätten, recht wahrscheinlich, daß die Spruchformeln den Inhalt der Schriftformel mehr oder weniger beeinflußten. So ist es, um nur ein Beispiel hervorzuheben, kaum zu bezweifeln, daß die condemnatio pecuniaria der Schriftformel aus der damnatio der l. a. per iud. postulationem herübergenommen wurde und zwar schon in die voräbutischen Formeln des Imperiumsprozesses sowohl unter Peregrinen wie unter Bürgern[1]), wie denn auch ihre Spruchformeln die spätere intentio incerta mit demonstratio beeinflußt haben mögen.[2]) Allein das beweist noch nicht die Herkunft der Formel aus der iudicis postulatio. Gewiß mochte es für den Geschworenen wichtig sein, ein Programm zur Verfügung zu haben, in dem ihm über das Judikat auf Grund der vorausgegangenen l. a. sacramento berichtet wurde, das er nunmehr in Geld umzusetzen hatte. Nicht minder aber mochte der Geschworene, der auf Grund des Sakramentsverfahrens eingesetzt wurde, interessiert sein, über dessen Hergang informiert zu werden, nur daß,

[1]) Wie ich mir die Entwicklung der condemnatio pecuniaria vorstelle, habe ich S.-Z. 37, 355f. darzulegen versucht. Unabhängig davon hat Betti in mehreren Schriften (La vindicatio Romana primitiva [Filangieri 1915, Sep.-Abdr. 29f.], L'antitesi di iudicare e damnare [1915] 14f., 57 [1], La struttura dell' obbligazione Romana [1919] 89, 184; Atti dell' accad. di Torino 50, 703) die Leistung des damnum als Ablösung (prezzo del riscatto) von der leiblichen Haftung aufgefaßt, die zunächst ein Recht, später Pflicht des Schuldners wurde und damit sowohl die damnatio des Schätzungsverfahrens wie die condemnatio pecuniaria in Zusammenhang gebracht. Damit hat er wohl die früher (Su la formola usw. 40f.) aufgestellte Hypothese aufgegeben.

[2]) Vgl. Arangio-Ruiz, Le formule con demonstratio e la loro origine (Studi dell' univ. di Cagliari IV), dazu jetzt Betti, Su la formola 43f., l'antitesi usw. 47f.

soviel wir wissen, dieses Interesse nicht in Gestalt der Schriftformel befriedigt wurde.[1]) In der Tat läuft der Versuch **Huvelins**, den Inhalt der Urformel festzustellen, im wesentlichen darauf hinaus, die Spruchformel bei der iudicis postulatio zu ermitteln, wie er denn auch kein Gewicht darauf legt, ob seine Urformel mündlich oder schriftlich war.

Nun zu den Thesen des Verfassers. In dieser nach dem eben Bemerkten recht problematischen Urformel soll bereits eine exceptio als formularer Bestandteil existiert haben. Man würde angesichts dieser überraschenden Behauptung doch eine Auseinandersetzung mit dem klaren Zeugnisse des Gaius 4, 108: nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum erwarten. Denn man mag die Deutung, die **Wlassak**[2]) diesem Satze gegeben hat, billigen oder nicht, sicher ist, daß Gaius sagen will, die l. a. habe keine Exzeptionen in der Art der formularen exceptio des Verfahrens per concepta verba gekannt. Allein selbst wenn man von diesem Mangel in der Beweisführung absieht und dem Verfasser die **Huvelin**sche Urformel konzediert, erheben sich sofort andere Bedenken. Was sollen vor allem vor dem Schätzungsrichter, der nur das Judikat in Geld zu liquidieren hatte, Exzeptionen, die doch zu einer absolutio hätten führen müssen? Es wäre damit der Grundsatz, daß der Verurteilte gegenüber der manus iniectio iudicati sich nur durch einen vindex verteidigen durfte, mittelbar durchbrochen worden. Allerdings weiß Gai. 4, 21 auch von einer Spruchformel der manus iniectio auf Grund einer damnatio. Allein diese m. i. ist, wie sich aus dem ob eam rem tibi . . . **iudicati** manum inicio der Formel ergibt, eine m. i. iudicati[3]), d. h. ihr Rechtsgrund ist das Judikat und nicht die der Liquidierung des Judikats dienende damnatio. Soll endlich derjenige, der certa pecunia schuldete, weil es zur Vollstreckungsreife hier keines Schätzungsverfahrens bedurfte, des Gebrauches eines Verteidigungsmittels beraubt gewesen sein, das sein glücklicherer Genosse, der eine erst in Geld umzusetzende Leistung schuldete, im Verfahren per iud. post. geltend machen konnte? Logischerweise müßte der Verfasser die exceptio auch im Sakramentsverfahren zulassen.[4])

Indessen die formulare exceptio der l. a. soll sich auch aus dem Bau der späteren Formel ergeben. Es ist schon lange beobachtet, daß sich die exceptio in die zweispaltige Formel si paret . . . condemnato, s. n. p. . . . absolvito nicht glatt einfügt, indem der Richter nicht bloß bei Unrichtigkeit der intentio, sondern auch im entgegengesetzten Fall bei zutreffender exceptio freisprechen soll, und man hat diese Unebenheit daraus zu erklären gesucht[5]), daß die exceptio als jüngerer Formelbestandteil in die Formel erst eingefügt wurde, als deren Schema schon

[1]) Zu erwägen wäre höchstens, ob nicht auch das iussum de iudicando, wenn es in der l. a. bestand, diesem Zwecke dienen konnte.

[2]) Ursprung der röm. Einrede 10f., Bedenken dagegen bei **Rabel**, S.-Z. 32, 414f.

[3]) Vgl. **Wlassak**, S.-Z. 25, 176.

[4]) Bei der l. a. per condictionem scheint er sie allerdings für möglich zu halten, da er für diese l. a. ebenfalls eine Formel annimmt (S. 101).

[5]) Vgl. zuletzt **Wlassak**, S.-Z. 33, 153f.

erstarrt war. Diese Erklärung genügt dem Verfasser nicht. Die Stellung der exceptio in der Formel soll sich vielmehr daraus rechtfertigen, daß in der Urformel der iud. post., die nur eine condemnatio enthielt, die exceptio natürlich vor dieser stand. Als aber mit der lex Aebutia diese Urformel „autonom" wurde, d. h. dem Richter auch die Frage des Anspruchs zur Entscheidung gestellt und demnach der condemnatio eine absolutio hinzugefügt wurde, habe der konservative Sinn der Römer die exceptio an ihrem alten Platze stehen gelassen. Diese Erklärung ist bestenfalls so gut wie die erstgenannte. Denn beide operieren mit dem Beharrungsvermögen des Formalschemas und der Vorwurf, den der Verfasser gegen den Prätor der herrschenden Meinung erhebt, er habe die exceptio nicht an ihren richtigen Platz gesetzt, trifft nicht weniger seinen Prätor. Indessen fällt seine Argumentation noch aus einem anderen Grunde. Die exceptio, die er der Urformel zuweisen will, setzt notwendig eine absolutio voraus.[1])

Der Begriff der exceptio, wie er in der l. a. bestand, soll ferner die praescriptio pro actore als formularen Bestandteil umfaßt haben. Es ist zwar aus den Ausführungen des Verfassers nicht ganz klar ersichtlich, ob er diese klägerische exceptio bei allen oder nur bei bestimmten l. a. für zulässig hält. Nach seiner Beweisstelle, Cic. de orat. 1, 37, 168, die von einer vetus atque usitata exceptio cuius pecuniae dies fuit spricht und die er auf die l. a. per condictionem bezieht, scheint er diesen modus lege agendi für das Hauptanwendungsgebiet der klägerischen exceptio zu halten. Indessen hält seine Auslegung der Stelle nicht stand. Es ist einmal unerweislich, daß Cicero eine actio certae creditae pecuniae im Auge hatte. In der Tat wäre hier eine die Konsumption einschränkende „exceptio" überflüssig gewesen, da der Kläger, wenn von der geschuldeten Summe nur ein Teil fällig war, seine Klage schon in der intentio auf diesen Teil beschränken mußte, wenn er eine plus petitio vermeiden wollte. Unrichtig ist es endlich, daß Cicero von der l. a. handelte; vielmehr hätte die im folgenden genannte exceptio rei in iudicium deductae schon mit Rücksicht auf Gai. 4, 108 den Verfasser bedenklich machen sollen. Der Sprachgebrauch Ciceros erklärt sich, wie Wlassak S.-Z. 33, 144 befriedigend dargelegt hat, aus der ursprünglichen Bedeutung von excipere „herausnehmen, zur Seite stellen", die auch der Verfasser durch sorgfältig gesammelte Belegstellen erhärtet, und die in der Tat sowohl die exceptio wie die praescr. pro actore decken konnte.

Entbehrt so die klägerische exceptio, wie sie der Verfasser für die l. a. behauptet, der quellenmäßigen Grundlage, so braucht kaum zur Frage Stellung genommen zu werden, wie sich diese exceptio in die spätere praescr. pro actore umwandelte. In der Tat sind die Ausführungen des Verfassers zu diesem Punkte sehr anfechtbar. Die Umge-

---

[1]) Auf Stellen wie D. 42, 1, 3; 50, 17, 37 (dazu Audibert, Mél. Girard I 57), wonach die Befugnis zur damnatio auch das Recht zur absolutio in sich schließe, dürfte sich der Verfasser kaum berufen können. Denn wenn irgendwo, so verstand es sich beim Schätzungsrichter nicht von selbst, daß die damnatio ihm auch das Recht zur absolutio erteile.

staltung soll zusammenhängen mit dem „Autonomwerden" des Schätzungsverfahrens, das, ursprünglich ein unselbständiges Nachverfahren, seit der lex Aebutia auch die Frage des Anspruchs dem Richter zur Entscheidung stellte. Zu diesem Zwecke wurde die Urformel, die einen Bericht über die l. a. sacramento und das anschließende Judikat enthielt, dahin abgeändert, daß diese Akte als vollzogen fingiert wurden, indem nun der Prätor in der Formel das Urteil des Sakramentsrichters gewissermaßen ersetzte. Da aber die Frage des Anspruchs doch von den Geschworenen entschieden werden mußte, so sei jene hybride Demonstrationsformel entstanden, die in dem affirmativen quod der demonstratio die rechterzeugenden Tatsachen des strittigen Rechtsverhältnisses scheinbar als feststehend hinstellt, während die angehängte Absolutionsklausel darauf hinweise, daß sie doch Gegenstand des Urteils der Geschworenen seien.

Ich habe diese Ausführungen deshalb hier wiedergegeben, weil sie der Sache nach eine, allerdings nicht verbesserte, Neuauflage der Theorie von Arangio-Ruiz[1]) enthalten. Zu dieser Lehre habe ich schon S.-Z. 34, 433f. Stellung genommen und möchte zu meinen dortigen Darlegungen noch einiges ergänzend nachtragen.

Was die demonstratio bezweckt, sagt uns Gai. 4, 40 mit aller Deutlichkeit: ea pars formulae, quae . . inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur, d. h. sie will den Umfang der Streitbefestigung abgrenzen.[2]) Die Erläuterung dazu gibt der Satz falsa demonstratione rem non perimi (Gai. 4, 58). Demnach wird bei Unrichtigkeit der demonstratio (plus, minus und wohl auch aliud pro alio demonstrare) nichts in iudicium deduziert, weil der geltend gemachte Anspruch nach Ausweis der demonstratio keinen Gegenstand des Prozeßvertrags gebildet hatte. Nur für das minus demonstrare nahm eine von Labeo geführte Meinung mit der Begründung, daß die demonstratio hier nicht falsch sei, an, daß nur der in der dem. bezeichnete Anspruch konsumiert sei, vorbehaltlich des Rechts des Klägers, auf den Rest neuerlich zu klagen (Gai. 4, 59). In dieser Funktion, das Prozeßthema zu begrenzen, ist, wie schon Wlassak, S.-Z. 33, 97f. bemerkt hat, die dem. mit der praescr. pro actore aufs engste verwandt. Dies beweist die Formel bei Gai. 4, 136, in welcher die praescr. pro act. cuius rei dies fuit ohne das vorgesetzte ea res agatur nur als Anhängsel zur dem. auftrit. Die formula depositi in ius concepta z. B. hätte daher m. E. an Stelle der dem. ebenso gut mit einer praescr. anheben können: ea res agatur, quod As. apud Nm. mensam argenteam deposuit. Wenn dies nicht geschah, wenn vielmehr in der Folge demonstratio und praescriptio geschieden wurden, so waren dafür nicht prinzipielle Erwägungen, sondern mehr das Bedürfnis der sprachlichen Gestaltung der Formel im einzelnen Fall maßgebend, wie überhaupt die

---

[1]) Le formule con demonstratio.

[2]) Daran ist nicht zu rütteln, man mag im übrigen das qua de re agitur, das z. B. in der formula depositi in ius concepta bei Gai. 4, 47 der dem. folgt, als Hinweis auf den vorher bezeichneten Streitgegenstand oder in dem von Wlassak, S.-Z. 33, 105 [4] angenommenen schwächeren Sinne fassen.

Formeln früher da waren als die Benennung ihrer einzelnen Teile, die nur einen Versuch der Jurisprudenz darstellte, in die Mannigfaltigkeit der Formelgestaltung ein gewisses System zu bringen. Man kann vielleicht sagen, die praescr. unterscheide sich von der dem. darin, daß sie zu der von dieser geschaffenen Begrenzung der litis contestatio eine weitere Einschränkung hinzufüge. Doch ist dies kein Unterschied, der das Wesen der Sache berührt.[1])

Andrerseits hat aber nicht bloß die dem., sondern auch die intentio die Aufgabe, den Umfang der Streitbefestigung zu begrenzen und es ist beachtenswert, daß durch die Regel falsa demonstratione rem non perimi wenigstens in der Auslegung, die sie durch Labeo gefunden hat, die dem. keineswegs in ausschließenden Gegensatz zur intentio certa gestellt wird. Denn auch bei dieser schadet das aliud pro alio intendere nicht, bewirkt das minus intendere Konsumption nur für den eingeklagten Teilbetrag. Ein Unterschied besteht nur bei der plus petitio, die bei der intentio certa Sachverlust zur Folge hat. Allerdings haben, wie Gai. 4, 60 berichtet, einige Juristen die gleiche Wirkung auch beim plus demonstrare wenigstens bei infamierenden Klagen angenommen, und darin liegt zweifellos eine Angleichung der dem. an die intentio certa, die aber kaum ursprünglich ist.[2]) Gaius akzeptiert diese Lehre für die intentio in factum concepta. Allein bestimmend ist für ihn dabei nur ihre formale Ähnlichkeit mit der intentio. Sachlich ist diese Schlußfolgerung kaum geboten, da die int. in factum genau so wie die dem. durch Beschreibung des anspruchserzeugenden Tatbestandes die res qua de agitur bestimmt.[3])

Diese Bemerkungen dürften das eine ergeben, daß es nicht angeht, aus dem angeblichen affirmativen quod der demonstratio irgendwelche Schlüsse zu ziehen, daß der in ihr beschriebene Tatbestand einmal außerhalb der Entscheidung der Geschworenen gelegen habe. Ebenso wie bei der intentio und praescr. kein Zweifel besteht, daß ihr Inhalt der Untersuchung und Entscheidung des Richters unterliegt, ebenso gilt dies von der dem. Das sie einleitende quod wäre daher richtiger nicht mit „weil", sondern mit „insoferne als" zu übersetzen.[4])

Zum Schluß noch die praescr. pro reo. Sie paßt dem Verfasser natürlich nicht, da er die exceptio für älter hält. Ausgehend von einer

---

[1]) Besonders augenfällig ist die Verwandtschaft nach der Lehre Labeos im Falle des minus demonstrare. Hatte der Kläger a und b deponiert, während die dem. nur a nannte, so war gegenüber dem Anspruche auf Rückgabe von a und b durch die dem. die Konsumption auf a eingeschränkt, genau so wie die praescr. aus einem umfassenderen Rechtsverhältnis nur einen Teil herausgreift.

[2]) Maßgebend war vielleicht der Gesichtspunkt, daß man den Beklagten nicht ein zweitesmal der Gefahr aussetzen wollte, mit infamierender Wirkung verurteilt zu werden.

[3]) Wlassak, S.-Z. 33, 104 [1]. An sich hätte die formula depositi in ius concepta auch nach dem Schema konstruiert sein können: „wenn es scheint, daß As. beim Ns. eine Sache deponiert hat und wenn um deswillen Ns. dem As. nach der bona fides irgend etwas zu leisten hat".

[4]) Vgl. auch Betti, L'antitesi usw. 70 [1].

vor Jahren von Partsch, Longi temporis praescriptio 71f. gemachten Beobachtung, daß praescriptio als Bezeichnung vorwiegend der Prozeßeinreden aus dem Sprachgebrauch der Rhetoren kommt, will er in der Hauptstelle, Gai. 4, 133 nichts anderes bezeugt finden als eine Rezeption dieses Sprachgebrauchs. Allein Gaius, der übrigens in den Institutionen praescriptio nur an dieser Stelle für exceptio verwendet, behauptet auch einen sachlichen Unterschied zwischen praescriptio pro reo und exceptio. Schloßmann, Praescriptiones 44 hat, um diesen Einwand zu beseitigen, gegen Gaius den Vorwurf erhoben, daß er sich aus dem Namen erst den sachlichen Unterschied konstruiert habe. Der Verfasser spricht zwar dies nicht ausdrücklich aus, scheint aber doch (S. 257[2]) das Resultat Schloßmanns zu billigen. Ich besitze den Mut, sich über ein so klares Zeugnis hinwegzusetzen, nicht.

Wenn ich die Thesen des Verfassers in vollem Umfange ablehne, so tue ich dies nicht ohne Bedauern. Denn die Arbeit zeigt die Vorzüge, die wir an französischen Doktorthesen — aus einer solchen ist sie wohl hervorgegangen — anzuerkennen gewohnt sind: Gefällige Darstellung, Sauberkeit und Gewissenhaftigkeit in der Literatur- und Quellenbenutzung. Die Untersuchungen zum Sprachgebrauch von exceptio, praescriptio sowie ihrer Ableitungen wird auch derjenige mit Dank benutzen, der die Resultate der Arbeit verwirft. Schade, daß so viel Mühe an eine, wie ich glaube, verlorene Sache verwendet wurde.

Leipzig. P. Koschaker.

Dr. Hans Kreller, Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der graeco-aegyptischen Papyrusurkunden. Leipzig und Berlin, B. G. Teubner 1919. XII und 427 S.

Im Gegensatz zum sehr regen Interesse, welches im Laufe des 19. Jahrhunderts den Fragen des altgriechischen Erbrechts sowohl von philologischer, wie auch von juristischer Seite entgegengebracht worden ist (vgl. die Lit.-Ang. bei Lipsius, Das attische Recht 539[5]), ist dieser Teil des Privatrechts in der so reich fließenden papyrologischen Literatur der jüngsten Jahrzehnte verhältnismäßig am kürzesten gekommen. Wohl war die verdienstvolle Schrift von Vincenzo Arangio-Ruiz, La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizii (Napoli 1906) (dazu Partsch in dieser Zeitschr. 28, 446f.), der er später in einem kleineren Beitrag noch Osservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papiri (Cagliari 1913) hat nachfolgen lassen, eine der ersten in der Reihe auf erschöpfende Quellenbehandlung angelegter papyrologischer Rechtsmonographien. Seit ihrem Erscheinen hat jedoch der Stand von Quellen und Kenntnissen auf diesem Forschungsgebiet sehr erhebliche Fortschritte gemacht. Inzwischen hat Rabel in seiner Studie über die elterliche Teilung (in der Baseler Festschrift zur 49. Vers. deutscher Phil. u. Schulm. 1907, S. 521f.) auf paar knappen Seiten in weitblickender rechtsvergleichender Behandlung entscheidende Gesichts-

punkte hinsichtlich der Entwicklung und Bewertung der hellenistischen letztwilligen Verfügungen entwickelt (vgl. dazu Kübler in dieser Zeitschr. 29, 489f.) und Mitteis hat in großen Zügen ein Gesamtbild gezeichnet, das, in vielen Punkten auf die Notwendigkeit weiterer Untersuchung hinweisend, der am kürzesten gefaßte Abschnitt seiner Grundzüge blieb. Das Bedürfnis nach einer erschöpfenden monographischen Behandlung des sehr angewachsenen Urkundenstoffes war lebhaft empfunden. Diesem Bedürfnis kommt nun das in das Quellenmaterial mit größter Gründlichkeit und Stoffbeherrschung eindringende, umfangreiche Erstlingswerk Hans Krellers entgegen, die Frucht gleich vorzüglicher juristischer und philologischer Schulung. Die Arbeit ist im Manuskript bereits im Jahre 1913 abgeschlossen gewesen und ihr erster, ein Drittel des Ganzen enthaltender Teil im Jahre 1915 als Leipziger juristische Doktordissertation erschienen. Der Druck des Ganzen, das nachher als Leipziger Habilitationsschrift gedient hat, konnte infolge ununterbrochenen Felddienstes des Verfassers erst nach Abschluß des Krieges zu Ende geführt werden. So ließen sich im zweiten Teile des Buches auch noch die Erscheinungen der Kriegsjahre verwerten, während bezüglich der ersten Hälfte auf dieselben in Nachträgen verwiesen wird.

Die Aufgabe des Buches wird gleich am Anfang dahin formuliert, „aus dem publizierten Material der graeco-aegyptischen Papyrusurkunden dasjenige nach sachlichen Gesichtspunkten geordnet zusammenzustellen, was für die Erkenntnis des im hellenistischen und römischen Aegypten in Geltung gewesenen Erbrechts von Bedeutung sein kann". Damit sind Ziele und Grenzen der Arbeit gesteckt. Wenn die Schwierigkeiten und Gefahren jeder isolierten Behandlung des ägyptischen Papyrusmaterials, namentlich in betreff eines juristischen Gesamtgebietes, oftmals empfunden und betont worden sind, so konnte doch hier auf die durch ägyptologische und hellenistische Vorarbeiten geschaffene Grundlage gebaut werden. An allen Punkten hat der Verfasser seine Darlegungen mit dieser verknüpft. Die Arbeiten Revillout's wie die Ergebnisse der neueren demotischen Forschung werden ebenso umsichtig wie vorsichtig benützt. Für das altgriechische Rechtsgebiet waren für die Frage der Rechtsstellung und Haftung des Erben durch die wichtigen Ergebnisse von Partsch die Grundlagen gegeben, für das Gebiet des Intestaterbrechts lagen dieselben neben der reichen Erklärungsliteratur zum Recht von Gortyn und den attischen Rednern vor allem in Mitteis' „Reichsrecht und Volksrecht" vor, hinsichtlich der letztwilligen Verfügungen neben der erwähnten Studie Rabels in der Schrift E. F. Brucks über die Schenkung auf den Todesfall und der an dieselbe sich knüpfenden polemischen Literatur (dazu Rabel in dieser Zeitschr. 30, 465f.). In betreff der seit langem in Aussicht stehenden Fortsetzung dieser letztgenannten Schrift darf wohl der Hoffnung Ausdruck gegeben werden, daß — wenngleich ihre Aufgabe nun durch Krellers Buch zum Teil geleistet ist — ihr Verfasser es doch nicht unterlassen möge, mit seinen speziellen Gesichtspunkten an die hellenistischen Urkunden heranzutreten.

Das Verdienst des vorliegenden Buches möchte ich neben der zu-

sammenfassenden Behandlung des gesamten Fragenkreises ganz besonders darin erblicken, daß in demselben bezüglich jeder Frage das einschlägige Urkundenmaterial in restloser Vollständigkeit vorgelegt und erläutert wird: es bietet die Interpretation aller einschlägigen Prozeßurkunden, erschöpfende exegetische Listen der sehr zahlreichen letztwilligen Verfügungen jedweder Art mit genauester Darlegung des Einzelfalles, ebenso der Erbteilungsurkunden und Erbschaftsapographai. Dabei wird zum erstenmal die Technik befolgt, die exegetischen Teile im Gegensatz zu den ausführenden mit kleineren Typen zu drucken, was von der Papiernot unserer Zeit ganz abgesehen auch im Interesse leichterer Übersichtlichkeit zur Nachahmung nur empfohlen werden kann. Durch den stark exegetisch-analytischen Charakter wird dies Buch mit seinen zahlreichen scharfsinnigen und feinen Interpretationen und Textkonjekturen, deren Benützung durch gute Indices sehr erleichtert wird, zu einem überaus wertvollen Hilfsmittel jedweder, auch außerhalb des erbrechtlichen Fragenkreises liegender papyrologischer Arbeit werden.

Auf eine methodische Schwierigkeit, die der Gewinnung fester juristischer Eregbnisse auf diesem Quellengebiet immerzu im Wege steht, weist der Verfasser gleich in seinen ersten Sätzen hin: der großen Menge von Urkunden steht eine nur überaus dürftige Überlieferung von Rechtssätzen gegenüber. Nun wollte es der Zufall, daß der in dieser Hinsicht beklagte Mangel gerade für den erbrechtlichen Fragenkreis gleichzeitig mit dem Erscheinen dieses Buches durch die Publikation des Gnomon des Idios Logos eine sehr erfreuliche Milderung erfahre. Derselbe enthält eine ganze Reihe erbrechtlicher Sätze, durch welche — soweit ich zu sehen vermag — die Ergebnisse der Arbeit an keinem Punkt umgestoßen, durch die jedoch unsere Kenntnisse vielfach bereichert und ganz neue, zum Teil recht schwierige Probleme gestellt werden (z. B. hinsichtlich der Frage der Rechtsnationalität). Es wäre lebhaft zu begrüßen, wenn der Verfasser mit seiner Beherrschung des Urkundenstoffes selbst die Aufgabe auf sich nehmen würde, unsere neue Überlieferung mit diesem zu verknüpfen.

Krellers Buch, auf eine systematische Behandlung des gesamten erbrechtlichen Papyrusmaterials angelegt, läßt sich in drei Teile gliedern. Die ersten drei Kapitel behandeln allgemeine Lehren des Erbrechts, die vom Gegenstand des Erbrechts, den Personen des Erbrechts, wobei besonders die Verhältnisse bei einer Mehrheit von Erben erörtert werden, und von der Rechtsstellung der Erben, namentlich vom Erwerb und der Übertragung der Erbenstellung; das vierte Kapitel ist der gesetzlichen Erbfolge, das umfangreichste fünfte den erbrechtlichen Verfügungen gewidmet.

I. Zunächst wird die Frage nach dem Gegenstand des Erbrechts untersucht. Woraus besteht der Nachlaß? Dabei werden die Aktiven von den Passiven, in der Gruppe der ersteren auf Grund gewohnter romanistischer Vorstellungsweise die auf den Erben übergehenden Sachenrechte von den Forderungen geschieden und diesen die mit der Person des Berechtigten verknüpften „höchstpersönlichen Rechte“ gegenüber-

gestellt. Das Eigentum an Privatland geht auf den Erben über, immerzu wird solches als *πατρικός*, *μητρικός*, *προγονικός* usf. bezeichnet (S. 4f.). In derartigen häufigen Bezeichnungen erblickt der Verfasser auf S. 141f. ein Indiz für die juristisch sehr interessante Unterscheidung des ererbten und erworbenen Vermögens, zu deren Klarstellung jedoch die vorhandenen Quellen leider nicht hinzureichen scheinen. Wie sich am Lehnsland aus einer ursprünglich rein persönlichen Belehnung wahres Privateigentum entwickelt hat, wird S. 6f. dargelegt. Anregend ist S. 10f. die Darlegung der Indizien, die auf eine verschiedene erbrechtliche Behandlung der Immobilien und Mobilien deuten, wofür die Rechtsvergleichung vielfache Parallelen bietet. Dabei wird S. 12f. auch auf die Möglichkeit hingewiesen, daß einzelne Fahrnisgruppen ihr besonderes Schicksal hatten; namentlich die ptolemäischen Soldatentestamente enthalten öfters besondere Bestimmungen über Dienstpferd, Waffen und Feldbett, worin Anklänge für eine Parallele zum germanischen Heergewäte erblickt werden, während für eine Analogie zur deutschrechtlichen Frauengerade nur sehr unsichere Spuren vorhanden sind. Der Übergang der Forderungen ist aus vielen Quittungen[1]), wie aus Prozeßakten zu erkennen. Dankenswert ist die erstmalige Darlegung des Materials betreffs der verschiedenartigen Rechtsverhältnisse, die S. 17f. als „höchstpersönliche Rechte“ zusammengefaßt werden: inwieweit die sowohl unter Lebenden, wie in Verfügungen von Todes wegen bestellbaren lebenslänglichen Nutzungsrechte (*καρπεία*, *χρῆσις* und *ἐνοίκησις*, *δουλεία* und *ἀποφοραί* von Sklaven) dinglicher Natur waren, ist m. E. ebensowenig klar, wie andere auf die Dinglichkeit bezügliche Fragen; daran anknüpfend werden S. 20f. die Leibrenten von Eltern und Ehegatten untersucht. Ein weiterer Abschnitt (S. 26f.) handelt vom Übergang der Passiven mit eingehender Erörterung der Probleme von der Erbenhaftung, worauf noch zurückzukommen ist. — Das zweite Kapitel prüft in der Lehre von den Personen des Erbrechts zunächst die Terminologie (S. 55f.): die Haupttermini *κληρονόμος*, *διάδοχος*, *διακάτοχος* werden einander gegenüber abgegrenzt. *Κληρονόμος* sei ganz allgemein der Erbe; angesichts der Tatsache, daß in zahlreichen oxyrhynchitischen Testamenten dem *κληρονόμος* besonders Grundstücke und Sklaven zugedacht erscheinen, neigt Kreller zur Annahme, daß mit diesem Wort besonders der Erbe der Liegenschaften, der „Gutserbe“ bezeichnet worden sei (S. 58, 350, dazu s. weiter unten S. 347). Dabei rechnet er weiterhin mit der Neigung, „den Begriff des gesetzlichen Erben aus dem allgemeinen Begriff terminologisch auszuscheiden“ und faßt die Bezeichnung *κατὰ διαδοχὴν κληρονόμος* schon für die frühere Kaiserzeit in solchem Sinne auf (S. 56f.)[2]). Hinsichtlich der ständigen byzantinischen Formel „*κληρονόμοι καὶ διάδοχοι καὶ διακάτοχοι*“ (S. 58f.) werden die Ergebnisse Ruggieros bestätigt gefunden: jedoch wird *κληρονόμος* auch in dieser Zeit auf den Erben schlechthin, ohne Einschränkung auf den ge-

[1]) BGU. II 415 gehört nicht dahin: hier hat der noch lebende Vater vermutlich ohne Vollmacht über die Erfüllung einer Forderung seines Sohnes Quittung erteilt, die uns in BGU. 44 erhalten blieb, s. Mitteis, Chrest. p. 191.

[2]) Dazu vgl. aber unten S. 349.

willkürten Erben, διάδοχος auf den successor ab intestato, διακάτοχος auf den bonorum possessor bezogen, wobei allerdings der Kautelarstil der späteren Zeit diese Bedeutungen klar auseinanderzuhalten nicht mehr imstande war.

Diese Untersuchungen in bezug auf Nachlaß und Erben hängen mit fundamentalen Fragen eines jeden Erbrechts zusammen: der juristischen Natur der Erbfolge und der Stellung der Erben. Dieselben werden vom Verfasser an dieser Stelle im wesentlichen nur hinsichtlich der Erbenhaftung geprüft, in anderen Beziehungen an verschiedenen Stellen seines Buches gestreift. Es sei gestattet, gleich hier mit einigen flüchtigen und, wie ich wohl empfinde, sehr vorläufigen Bemerkungen auf diese Probleme eingehend den Eindruck wiederzugeben, den ich in bezug auf dieselben auf Grund der ganzen Darstellung Krellers gewonnen habe, wobei ich mir eine genauere Darlegung für eine andere Gelegenheit vorbehalten möchte.

1. Universalsukzession und *κληρονόμος*.

Das im ersten Kapitel des Buches erörterte Material läßt m. E. keinen Zweifel darüber bestehen, daß der hellenistischen Erbfolgeordnung in Ägypten der Gedanke der Universalsukzession zugrunde lag: Sachenrechte, Forderungen, Schulden gehen mit der Erbfolge auf den Erben als solchen über. Dabei ist es natürlich keineswegs notwendig, eine der römischen Universalsukzession gleichartige Gestaltung anzunehmen, weder was die Haftung für die Schulden, noch was das von Kreller in Betracht gezogene eventuelle besondere Schicksal einzelner zur Erbschaft gehöriger Gegenstände oder Vermögensmassen, noch schließlich was das zweifellos grundlegend verschiedene Verhältnis der erbrechtlichen Verfügungen zur Intestaterbfolge betrifft. In all diesen Beziehungen ist auch das deutsche Recht vom römischen fundamental verschieden: aber in dem Sinne, in welchem die Germanisten von einer Universalsukzession im Sinne einer Sondergesamtnachfolge (z. B. Gierke in der Holtzend.-Kohlerschen Enzykl. I 290) oder im Gegensatz zu einer Generalsukzession (vgl. Heusler, Inst. II 532f.) reden, muß dieser Grundsatz auch als dem hellenistischen Erbrecht zugrunde liegend angesehen werden (vgl. die Formulierung des Gegensatzes römischer und germanischer Universalsukzession bei Mitteis, Röm. Privatrecht 96/7).

Diese Rechtsstellung eines Universalsukzessors, auf den die Rechtsverhältnisse des Erblassers mit einem Schlag übergehen, ist es nun, die m. E. in der hellenistischen Rechtssprache mit dem Wort *κληρονόμος* bezeichnet wird. Das Wort stammt aus der altgriechischen Rechtssprache. Doch tritt es in den Quellen der Ptolemäerzeit völlig in den Hintergrund: *κληρονομεῖν* und *κληρονομία* lassen sich darin wenige Male nachweisen, das Substantivum *κληρονόμος* ist darin bisher noch nicht begegnet.[1]) Hin-

[1]) Dies mag natürlich auf Zufall beruhen, und namentlich könnte sein Fehlen in den ptolemäischen Testamenten an der lokalen Verteilung des vorhandenen Materials liegen. Jedenfalls ist eine diesbezügliche Ergänzung in Petr. I 18 (1) (dazu Kreller 7 [4], 255) angesichts der vielen Parallelen höchst unwahrscheinlich, und sicher ist der Gebrauch des Wortes in dieser Zeit kein häufiger gewesen.

sichtlich der Kaiserzeit zeigt die Wortstatistik eine steigende Kurve: im ersten Jahrh. nur spärlich begegnend, wird es im zweiten häufiger und begegnet vom dritten Jahrh. ab in massenhaften Belegen. Bei dieser Entwicklung mögen römische Einflüsse mitgewirkt haben, wird doch der lateinische heres immer mit *κληρονόμος* wiedergegeben: trotzdem liegt hierbei ein dem hellenistischen Rechtskreis eigentümlicher Begriff vor, der für diesen selbständig zu bewerten ist. Die Beziehung der Vorstellung *κληρονόμος* auf die Universalsukzession ergibt sich aber mit aller Deutlichkeit aus sehr zahlreichen Belegen, in welchen die Nachfolge in ein Rechtsverhältnis des Erblassers bloß damit begründet wird, daß der Betreffende dessen *κληρονόμος* sei. So z. B. wird in Apographai wie auch in anderen Urkunden das Eigentum an Grundstücken vom Deklaranten wiederholt als *κατηντηκὸς ἀπ' ὀνόματός τινος τετελευτηκότος ἐπ' ἐμοὶ κληρονόμῳ* bezeichnet; desgleichen werden Forderungen Verstorbener von seinem *κληρονόμος* als solchem geltend gemacht (z. B. Flor. I 86 aus dem ersten Jahrh.: *ὀφειλομ[ένων τ]ῷ μετηλλαχό[τ]ι ἀτέ[κνῳ] καὶ ἀδιαθέτῳ [υἱῷ μου] [ο]ὗ εἰμι κληρονόμος κτλ.*; desgl. BGU. III 888 lin. 18/19; in der Quittung Lond. III p. 171 quittiert Pakysis den Empfang eines Betrages, *ἃς ὤφειλεν* der Schuldner *τῷ τοῦ Πακύσεως πατρὸς ἀδελφῷ τετελευτηκότι ἐπ' αὐτῷ κληρονόμῳ*). Vor allem aber ist es bezeichnend, daß die Schulden des Erblassers grundsätzlich auf seinen *κληρονόμος* als solchen übergehen: in dem oftmals behandelten Prozeßprotokoll Flor. 61 sagt der Advokat des Gläubigers „*κ[λη]ρονομικὸν δὲ τὸ δίκ[α]ιον. Δοκῶ δὲ ὅτι οὐ τῶν χαρα[κτή]ρων μόνων κληρο[ν]όμους δεῖ εἶναι, ἀλλὰ καὶ τὰ ὀφ[ειλό]μενα ὑπὸ τῶν κληρονομηθέντων ἀποδ[ιδ]όναι*“, vgl. auch PSI. IV 281 lin. 42f. Demgemäß werden nach dem Tode des Schuldners die Forderungen stets gegen seinen *κληρονόμος* geltend gemacht. Das Formular der Mahnungs-*διαστολικά* wie auch anderer auf Zustellung berechneter Eingaben geht z. B. in Oxyrhynchos dahin, es solle dem Verpflichteten zugestellt werden *ἐὰν περιῇ, εἰ δὲ μή, κληρονόμοις αὐτοῦ τελείοις, ἐὰν δὲ ἀφήλικες ὦσι, νομίμοις αὐτῶν ἐπιτρόποις, ἵν' εἰδῶσι* (Oxy. III 485, X 1270). Demgemäß richtet sich das Mahnungs-*διαστολικόν* wiederholt gegen die *κληρονόμοι* der Schuldner — wobei Kreller 53f. geneigt ist, meiner Hypoth. u. Hypall. 87 geäußerten Vermutung zuzustimmen, daß es sich hierbei um ein spezifisch durch den Erbfall veranlaßtes Verfahren handle (vgl. dazu allerdings auch meinen Vorbehalt Öff. u. priv. Urk. 52; auch Jörs, diese Zeitschr. 39, 70 Anm.)[1]) — so in BGU. III 888, 970, Lips. Inv. Nr. 610 (dazu noch unten S. 354); Meyer, Gr. Texte 6, Oxy. XII 1472, Teb. II 435 descr., bezügl. Flor. I 68, vgl. Kreller 17, 54[1]; das gleiche gilt von den Pfändungsdekreten in Lips. 120 (dazu unten S. 352) und BGU. I 239 (vgl. Koschaker, diese Zeitschr. 29, 31f.) und vom *ἐμβαδεία*-Dekret in Flor. I 56 (dazu Kreller 44). Vgl. noch BGU. II 614 lin. 5, 23.

[1]) Jedenfalls glaube ich auch heute so viel mit Sicherheit annehmen zu können, daß es zweifellos kein Zufall ist, daß wir dies Verfahren in der Mehrzahl der Fälle gegen die Erben gerichtet sehen: es lag mindestens stark im Interesse des Gläubigers, war aber vielleicht auch von Rechts wegen vorgeschrieben, den Erben von den gegen den Erblasser bestehenden Ansprüchen auf solche Weise in Kenntnis zu setzen.

Ebenso sehen wir in Oxy. VI 899 lin. 24/5 die publizistische Verpflichtung zur *γεωργία* dem *κληρονόμος* auferlegt; das gleiche gilt hinsichtlich anderer liturgischer Verpflichtungen, z. B. Grenf. I 50 lin. 4 (? dazu Oertel, Liturgie 206), Oxy. I 62 = Chrest. I 278 lin. 6, Lips. 83 (Oertel 213), Flor. 61 (Oertel 255/56), CPHerm. 57, 62 (Oertel 322). Diese dem hellenistischen Rechtskreis der früheren Kaiserzeit angehörigen Belege sprechen m. E. eine deutliche Sprache: das Rechtsverhältnis geht ohne jedweden singulären Titel auf den *κληρονόμος* des Erblassers als solchen über.

Nun ist es eine schon vorlängst gemachte Beobachtung, die jetzt durch die Arbeit Krellers in das Licht einer erschöpfenden Materialbehandlung rückt, daß die hellenistischen Testamente und sonstigen letztwilligen Verfügungen im Gegensatz zum Testament des entwickelten römischen Rechts nicht die Regelung der Universalsukzession bezwecken, indem sie stets auf einzelne Zuwendungen aus dem Nachlaß, auch auf Zuwendung des gesamten aktiven Nachlasses, beziehungsweise auf erschöpfende Verteilung desselben, jedoch nicht auf die Übertragung der juristischen Gesamtposition des Erblassers nach Art der römischen Erbeinsetzung bedacht sind (vgl. Rabel, Elterliche Teilung 535, diese Zeitschr. 30, 474; Partsch, Griech. Bürgschaftsrecht 244/5; Mitteis, Gdz. 235f.; Kreller, S. 3, 10f., 344f.). Daraus ergibt sich, daß als Grundlage der Universalsukzession zunächst nicht die letztwillige Verfügung des Erblassers in Frage kommen und die Stellung eines *κληρονόμος* nicht auf diese zurückgehen kann. Überblicken wir daraufhin die massenhaften Belege, die unser Papyrusmaterial in bezug auf die Position des hellenistischen *κληρονόμος* bietet, so sehen wir, daß als solcher in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle der Intestaterbe bezeichnet, und seine Rechtsstellung — es sei denn, daß es sich dabei um einzelne Stücke des Nachlasses handelt — nicht auf ein Testament bezogen wird.[1] Als Grundlage der Universalsukzession und der *κληρονόμος*-Stellung ergibt sich auf Grund der Papyrusurkunden durchaus die gesetzliche Erbfolge; auch die wenigen Rechtssätze, die uns für den hellenistischen Rechtskreis hinsichtlich des Intestaterbrechts überliefert sind, sichern stets das Recht des *κληρονομεῖν*, beziehungsweise auf die *κληρονομία* zu (vgl. BGU. I 19 II lin. 1—3; CPR. 18 lin. 9; Gnomon §§ 5, 9, 11—13, — §§ 27 sq. beziehen sich auf römisches Recht). Dieses Ergebnis stimmt aufs vollste mit dem Bild überein, das die Rechtsvergleichung bietet; namentlich lagen dem germanischen Recht völlig gleiche Anschauungen zugrunde (vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht V 1f.), die am stärksten in Frankreich bis auf den heutigen Tag sich erhalten haben (vgl. Crome, Handb. d. Franz. Civilr. V 2f. und in kurzer Zusammenfassung in der Holtzend.-Kohlerschen Enzykl. II 377f.).

Diesen Feststellungen gegenüber ist freilich nicht jener hellenistischen

---

[1]) Der mir zur Verfügung stehende Raum gestattet nicht, das auf die *κληρονόμος*-Vorstellung bezügliche Stellenmaterial im einzelnen darzulegen. Auf einiges soll in der Fortsetzung bei Besprechung der die Intestaterbfolge und die Testamente, wie auch die Abgrenzung dieser letzteren von den Erbverträgen betreffenden Teile noch hingewiesen werden.

Testamente zu vergessen, die immerhin eine Einsetzung von κληρονόμοι enthalten. Wir haben solche aus der früheren Kaiserzeit in größerer Zahl aus mehreren ägyptischen Gauen (vorwiegend aus Oxyrhynchos: Oxy. I 105, III 491, 492, 494, 495, VII 1034, Giss. 35, referierend XIV 1721 [dazu weiter unten S. 348]; Hermupolis: Rylands II 153; Faijûm: PER. 1517 ined. [Kreller 275]; für Herakleopolis vgl. die Referate CPR. 18 lin. 10f., 102 lin. 10f.). Überblickt man aber diese, so erscheinen in ihnen, mit wenigen sogleich noch zu nennenden Ausnahmen, die Intestaterben, und zwar meist die Kinder als κληρονόμοι eingesetzt. Hier beruht demnach die κληρονόμος-Stellung gleichfalls auf dem Gesetz und nicht auf der letztwilligen Verfügung; indem der Erblasser in dieser seine Kinder als κληρονόμοι einsetzt und sie als solche anderen im Testament bedachten Personen gegenüberstellt[1]), will er nur bestimmen, was er ihnen aus seinem Vermögen hinterlassen will. Denn auch diese κληρονόμος-Einsetzungen sind, wie von Kreller (S. 10f., 344f.) hervorgehoben wird, durchwegs Einsetzungen auf einzelne oder auch sämtliche Bestandteile des Vermögens, niemals abstrakte Einsetzungen wie die römische institutio heredis. Sie betreffen namentlich in den oxyrhynchitischen Testamenten wiederholt die Grundstücke und Sklaven, während sonstige Mobilien mehrfach getrennte Wege gehen, insbesondere dem Ehegatten zugewendet werden, der, wohlbemerkt, niemals als κληρονόμος erscheint.[2]) Dieses Moment, das auch auf mich (Öff. u. priv. Urk. 289[3]) Eindruck gemacht hatte, bewegt Kreller dazu, im κληρονόμος ganz besonders den „Gutserben" zu erblicken (dazu zustimmend P. M. Meyer, Jur. Pap. 56). Ich glaube jetzt, daß diesen Verfügungen nur das Selbstverständliche zugrunde liegt, daß die Kinder bei der Aufteilung des Vermögens mit dessen wesentlichen Bestandteilen bedacht werden, daß aber daraufhin eine besondere Relation des κληρονόμος zu diesen Einzelobjekten annehmen zu wollen, dessen wahres Wesen, das im Sinne der voranstehenden Ausführungen durchaus in der Universalsukzession und ursprünglich und grundsätzlich auf dem Gebiete der Intestaterbfolge liegt, zu verdunkeln geeignet ist.

Vereinzelt werden allerdings — wie vorhin schon bemerkt — in den hellenistischen Testamenten auch Personen als κληρονόμοι eingesetzt, denen ein Intestaterbrecht nicht zuzustehen scheint. Inwieweit überhaupt der Erblasser in seinen letztwilligen Verfügungen von der Ordnung der Intestaterbfolge abweichen konnte, ist eine für das hellenistische

[1]) Dieses letztere Moment dürfte dabei nicht unwesentlich sein, denn in den elterlichen Teilungen, die ihrer Natur nach selbstverständlicherweise den Kindern zugute kommen, ist deren Bezeichnung als κληρονόμοι jedenfalls weniger üblich; allenfalls könnte das Fragment BGU. II 483 dafür in Frage kommen (dazu Kreller 221f.).

[2]) Allein in Rylands II 153 (dazu vgl. Kreller 293 und insb. die S. 317 geäußerten Vorbehalte) erscheint lin. 41 die Ehefrau als κληρονόμος zur Nacherbfolge nach dem eigenen Sohne berufen: doch ist dabei zu beachten, daß dieselbe ja als Mutter im Falle kinderlosen Versterbens dieses letzteren dessen Intestaterbin ist und wohl aus diesem Grunde vor der eigenen Schwester des Testators (lin. 42) als κληρονόμος zur Nacherbin eingesetzt wird.

Rechtsgebiet an der Hand genauer Materialsammlung von Kreller S. 192f. im Anschluß an die Lehre von der gesetzlichen Erbfolge und der Kinder-κατοχή zum erstenmal untersuchte Frage. Er gelangt dabei zum Ergebnis, daß durch das Vorhandensein von Kindern die Testierfähigkeit zwar nicht ausgeschlossen, die Freiheit der Verfügungen jedoch in weitgehendem Maße beeinträchtigt wurde, während für ein Noterbrecht sonstiger Verwandter — abgesehen von der in CPR. 18 überlieferten Vorschrift zugunsten des Vaters einem aus schriftloser Ehe stammenden Sohne gegenüber — Anhaltspunkte nicht zu gewinnen sind (S. 198/9). Innerhalb dieser Grenzen ist auch mit rein testamentarischen *κληρονόμοι* zu rechnen. In einem der hierher gehörigen Testamente, dem unpubl. PER. 1517 (a[0] 178/9, Ptol. Euerg.) wird die Erbeinsetzung einer fremden weiblichen Person (*ἔστω μου κληρονόμος*) mit dem Fehlen näherer Angehöriger motiviert (Kreller 275, 347f.), und damit ist auch im anderen Fall, Oxy. III 492 zu rechnen, wo zwei Halbbrüder, mit denen eine Verwandtschaft des Testators nicht ersichtlich ist, *κατὰ φιλοστοργίαν* in bezug auf den gesamten Nachlaß als *κληρονόμοι* eingesetzt und deren Kinder als Ersatzerben berufen werden. Damit ist das zweifelsfreie Material in betreff nicht intestaterbberechtigter testamentarischer *κληρονόμοι* erschöpft. Namentlich können m. E. aus dem in Oxy. VII 1034 erhaltenen Fragment eines Testamentsentwurfs, in welchem neben der Tochter des Erblassers deren Milchbruder und noch ein extraneus auf einzelne Grundstücke als *κληρονόμοι* eingesetzt erscheinen (Kreller 195, 278), in der hier erörterten Frage keinerlei Schlüsse gezogen werden: es ist eine ohne Beachtung irgendwelcher Formalität und Regel hingeworfene Entwurfsaufzeichnung, die in betreff subtiler juristisch-terminologischer Fragen gar nichts besagen kann. In zwei weiteren Fällen schließlich, im Vertragsfragment Oxy. XIV 1721, wo wir nicht beurteilen können, wie das Erbrecht der Witwe eines verstorbenen Adoptivsohnes mit dem dieses letzteren und dem ihrer im Testament ebenfalls bedachten minderjährigen Söhne zusammenhängt, und im Prozeßprotokoll CPR. 18, wo um die Unwirksamkeit der Erbeinsetzung gestritten wird (Kreller 167f., 193f., 348), liegen bloße Referate vor, die in bezug auf die Gestalt des Testaments selbst keine völlig sicheren Rückschlüsse gestatten. So ist dies Material jedenfalls sehr gering und kann m. E. gegen die aus der Masse der Quellen sich ergebende Wahrnehmung, wonach das *κληρονομεῖν* im hellenistischen Recht vor allem gesetzliche Erbfolge, der *κληρονόμος* der vom Gesetz berufene Universalsukzessor des Erblassers gewesen ist, nicht ausschlaggebend erscheinen. Inwieweit derartige rein testamentarische *κληρονόμος*-Einsetzungen einen Ersatz für die gesetzliche Universalsukzession schaffen wollten, ist eine überaus schwierige Frage, wie denn überhaupt in den von Rabel, Elterliche Teilung 535 und diese Zeitschr. 30, 474 hinsichtlich der Beziehung testamentarischer Verfügungen zur Universalsukzession formulierten Fragen auch heute noch die dunkelsten Punkte der ganzen Materie liegen. Im einzigen ganz zweifelsfreien Fall der Einsetzung eines nicht intestaterbberechtigten *κληρονόμος*, dem vorhin erwähnten P. Oxy. III 492, erfolgt dieselbe auf den gesamten

Nachlaß. Andererseits werden jedoch selbst mit dem gesamten Vermögen bedachte extraneae personae in den Testamenten sonst in der Regel nicht als *κληρονόμοι* bezeichnet, in den frühptolemäischen Söldnertestamenten der Petrie-Papyri ebensowenig wie in dem der letztgenannten Urkunde ganz nahestehenden Oxy. III 490 (wo gemäß lin. 6/7 auch noch mit Verwandten des Erblassers zu rechnen ist). Daß bei der hier vermuteten Lage der Dinge in der Tat schon in der hellenistischen Zeit die Neigung aufgekommen sein soll, „den Begriff des gesetzlichen Erben aus dem allgemeinen Begriffe *κληρονόμος* terminologisch auszuscheiden" (S. 56), empfinde ich als wenig wahrscheinlich. Die von Kreller S. 57 gesammelten Belege für *νόμιμοι κληρονόμοι* gehören, wie er selbst deutlich macht, dem römischen Rechtskreise an; die gleichen Wendungen in den auf alexandrinisches Recht bezüglichen §§ 4—5 des Gnomon (cf. hinsichtlich § 4 Lenel-Partsch, Zum sog. Gnomon 12) sind nicht als Gegensatz zum testamentarischen Erben aufzufassen. Und daß die Wendung *κατὰ διαδοχὴν κληρονόμος* in der frühen Kaiserzeit zur Unterscheidung des Intestaterben als solchen gedient haben sollte, ist, wie Kreller S. 57 auch seinerseits zugibt, direkt nicht beweisbar: dieselbe begegnet in dieser Zeit allzu spärlich und bezieht sich — was vielleicht nicht ohne Bedeutung ist — soweit ich sehe, stets auf Deszendenten- und zwar Kindererbfolge (mehrfach hören wir von *διαδοχὴ τῶν γονέων*), wobei es aber zu beachten bleibt, daß in Teb. II 489 descr. von einem Hause die Rede ist, von dem es gerade heißt, *ὃ διεδέξατ[ο] παρὰ πατρὸς κατὰ διαθήκη[ν]* (a⁰ 127 p.).[1])

2. Die Sukzession in die Nachlaßschulden.

Die wichtigste mit der Gestaltung der Universalsukzession zusammenhängende Frage ist die der Nachfolge in die Passiven des Erblassers, die von Kreller S. 26—54 eingehend erörtert wird. Zunächst wird festgestellt (S. 26f.), daß die Schulden auf den Erben übergehen, dann (S. 31) wird die Frage der Haftung der Erben untersucht. Dies entspricht m. E. der germanistischen Anschauung, welche auch in dieser Hinsicht zwischen Schuld und Haftung unterscheidet. Für das deutsche Recht wird gelehrt, daß die Schulden auf den Erben übergehen, daß jedoch für dieselben in den meisten Rechten bloß der Nachlaß hafte (vgl. Stobbe, Jahrb. d. gem. R. 5, 313f., Deutsches Priv.-R. V 52; Gierke, Schuld u. Haftung 93). Ebenso zeigen die hellenistischen Quellen einen Rechtszustand, gemäß dessen der *κληρονόμος* in die Schulden des Erblassers eintritt. Belege dafür wurden schon oben S. 345 genannt. Angesichts der voranstehenden Ausführungen ist es dabei bezeichnend, was schon Arangio-Ruiz beobachtet hatte und was Kreller nun ein gutes Jahrzehnt nach ihm S. 29 neuerdings bestätigt fand, daß im hellenistischen Quellenkreis nirgends ein durch Testament Berufener als Nachfolger der Schulden des Erblassers in Erscheinung tritt, während doch letztwillige Verfügungen überaus verbreitet gewesen sind: dies mag

---

[1]) Die Unterscheidungen Rabels, Grundz. d. röm. Priv.-R. 522[2] wollen sich wohl auch nur auf die spätere Zeit beziehen.

dadurch zu erklären sein, daß die *κληρονόμος*-Stellung, wie dargelegt, meist auf der Intestaterbfolge beruhte und demnach das Testament als Titel der Sukzession in die Schulden jedenfalls nur in geringem Umfang in Frage kam. Die letztwilligen Verfügungen — elterliche Teilungen sowohl wie Testamente — enthalten freilich häufig Bestimmungen, durch welche die Erfüllung der Schulden einem Bedachten speziell auferlegt wird (Kreller S. 368f.). Daß solche Auflagen aber nur im Innenverhältnis der Bedachten und nicht dem Gläubiger gegenüber wirkten, wurde schon öfter und wird nun von Kreller 51 ebenfalls hervorgehoben. — Eine durch die Rechtsvergleichung nahegelegte Frage wäre es, zu untersuchen: welche Schulden auf den Erben übergehen. Für das deutsche Recht wird dies vielfach nur betreffs solcher Schulden angenommen, für die ein Gegenwert in das Vermögen gekommen war. Die Frage ist für unser Gebiet bisher nicht untersucht, und ich übersehe nicht, inwieweit Anhaltspunkte für ihre Lösung vorliegen.

Die von der Schuldfrage zu trennende Haftungsfrage geht dahin, ob die Haftung der Erben eine beschränkte oder unbeschränkte gewesen ist. Sie ist durch die Darstellung von Partsch, Gr. Bürgschaftsrecht I 228f. in den Vordergrund der neueren Forschung getreten. Im Gegensatz zur vor ihm herrschenden romanistisch orientierten Meinung vertrat er für das griechische Recht den Standpunkt der reinen Nachlaßhaftung. Seine Lehre hat starken Eindruck gemacht und ist von vielen Seiten angenommen worden. Doch gelangten gegen dieselbe auch Bedenken zum Ausdruck: Wenger, GGA. 1911, 167 und Mitteis, Gdz. 234f., diese Zeitschr. 32, 343f. haben manchen Vorbehalt gegen dieselbe geäußert, und Demisch (Die Schuldenerbfolge im attischen Recht) glaubte sie für das attische Recht bekämpfen zu können. Nun wird die Frage von Kreller für das Gebiet der Papyri geprüft. Er gelangt dabei zu keinem festen Ergebnis. Er formuliert das Resultat seiner Untersuchung S. 50 dahin, „daß die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten durch die Inbesitznahme des Nachlasses begründet wurde", daß jedoch „über den Umfang dieser Haftung bestimmte Rechtssätze nicht bestanden zu haben scheinen". Es werden nämlich die in betreff dieser Frage in Betracht kommenden Indizien einzeln geprüft und dabei Argumente sowohl für die bloß beschränkte, wie auch für die unbeschränkte Haftung beigebracht, wobei es für möglich gehalten wird, „daß das juristische Denken des griechischen Volkes die Frage nach dem Umfange der Haftung überhaupt noch nicht scharf erfaßt hatte, daß demnach eine eigentliche Normierung der Materie fehlte und man sich über die gewiß nicht fehlenden praktischen Streitfälle in concreto, so gut es ging, mit irgendeiner Billigkeitsentscheidung hinüberhalf" (S. 47f.; vgl. 342f.).

Ich muß bekennen, einer derartigen Skepsis schon a priori mit einigem Zweifel gegenüberzustehen. Denn die Frage ist doch eine eminent praktische, in betreff welcher die Rechtsvergleichung lehrt, daß sie allseits — wie gerade auch im Recht von Gortyn und in germanischen Rechten — schon früh zu klaren Lösungen drängte (vgl. für das alte deutsche Recht die Darlegung des Materials bei Stobbe, Jahrb. d. gem.

R. 5, 293f.). Und was den hellenistischen Rechtskreis anlangt, so haben die Papyri gezeigt, daß gerade in den Fragen des Haftungsumfanges, z. B. auf dem Gebiete der Sachhaftung, sich scharfe juristische Prinzipien entwickelt haben. M. E. ergibt denn auch das von Kreller dargelegte Material für das Gebiet privatrechtlicher Schulden eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zugunsten des Prinzips der bloß beschränkten Erbenhaftung.[1])

Für die gegenteilige Ansicht wird immer wieder und so auch von Kreller S. 41f. zunächst das Ausschlagungsrecht des Erben angeführt. Dies ist jedoch bloß ein Indiz, das sich a priori aus dem Grundsatz persönlicher Erbenhaftung zwar leichter erklärt, aber keineswegs ein entscheidendes Argument für diese abgibt. Daß es mit dem Prinzip der bloßen Nachlaßhaftung nicht unvereinbar ist, ergibt sich sowohl aus dem Recht von Gortyn wie aus einzelnen deutschen Rechten (vgl. Stobbe, Deutsches Priv.-R. V 21, 29, 51; Heusler, Inst. II 571). Sie erklärt sich auch für unseren Quellenkreis leicht durch immerwährende Schwierigkeiten und Gefahren der Nachlaßliquidation, durch die des näheren noch nicht geprüften Voraussetzungen, unter welchen durch irgendwelches Verschulden des Erben eine Verschärfung seiner Haftung eingetreten sein mag, vor allem aber durch die noch zu erwähnende zweifellos schärfere Haftung für publizistische Verpflichtungen. Auch bliebe noch zu prüfen, inwieweit die durch die Papyri gebotenen Indizien für das Ausschlagungsrecht des Erben durch dessen Recht, den Nachlaß den Gläubigern preiszugeben sich erklären lassen (vgl. auch unten S. 353/4).

Die direkten Argumente sprechen m. E. durchwegs für die bloß beschränkte Haftung. So vor allem das von Kreller deutlich klargestellte Prinzip, daß die Haftung durch die Inbesitznahme des Nachlasses begründet wird: wer nichts aus demselben erhielt, der haftet nicht (S. 36f., 44, 48f., 53, 412). Damit hängt aufs engste zusammen, daß die Begräbnislast auf dem Nachlasse ruht (S. 34f.), wofür auch noch die diesbezügliche Klausel in dem Erbverzichtsvertrag Lond. III p. 149 lin. 21f. (dazu Kreller 52, 134) beigebracht werden könnte. Zutreffend wird weiterhin (S. 38f.) auf den Anspruchsverzicht der Gläubiger *ἐπὶ τὰ ἀπολελειμμένα* in einigen Synchoresisquittungen hingewiesen, und fein ist die Beobachtung (S. 39f.), wonach die Vollstreckungsklauseln der Schuldverträge die *πρᾶξις* immer nur *ἔκ τε αὐτοῦ τοῦ δεῖνος καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῷ πάντων*, niemals auch aus dem Vermögen seiner Nachfolger zusichern, während in bezug auf das Recht des Gläubigers häufig auch seiner *οἱ παρ' αὐτοῦ* gedacht wird[2]), was bei der Genauigkeit des Kautelarstils in derartigen Dingen sicher kein Zufall ist.

Vollends bewiesen muß aber m. E. die Annahme beschränkter Nachlaßhaftung erscheinen, wenn wir die Urkunden ins Auge fassen,

[1]) Dazu scheint auch, wenn ich ihn richtig verstehe, neuerdings P. M. Meyer, Jur. Pap. 56f. zu neigen; vgl. ferner E. Weiß in seiner Anzeige im Lit. Zentralbl. 1920.

[2]) Unter diesen sind auch nach der soeben bekannt werdenden neuen Erklärung dieser Wendung bei Partsch, Demotische Urk. zum ägypt. Bürgschaftsrechte 550f. die Erben jedenfalls mitzuverstehen.

welche die Vermögensvollstreckung selbst betreffen. Mehrfach richtet sich diese gegen die Erben des Schuldners (vgl. oben S. 345). Dabei ist besonders BGU. III 888 = Chrest. II 239 (a⁰ 159/60 p.) von recht erheblichem Beweiswert. Dies ist eines der wohlbekannten Mahnungs-*διαστολικά* über ein hypallagmatisch gesichertes Darlehen, das ein verstorbener römischer Soldat und dessen Bruder und Erbe einer Frau namens Thenapynchis gegeben hatten; nach dem Tode dieser letzteren wird vom Gläubiger um Zustellung seiner Eingabe an die Erben der Schuldnerin mit dem üblichen Petit ersucht (lin. 19f.):

> *ἀξιῶ κτλ.* — — — *μεταδοῦναι το[ῖ]ς τῆς Θεναπύγχ[ιος μετη]λλαχυίης κληρονόμοις τελείοις, ἐὰν δ[ὲ] ἀ[φήλι]κες ὦσι, τοῖς τούτ[ων νο]μίμοις ἐπιτρ[όποις]* — — —, *ὅπως [ἀ]π[οδ]ῶσί μοι τὸ κεφάλαιον* — — *ἢ εἰδ[ῶσι] ἐ[σο]μένην [μοι] τὴν [π]ρᾶξ[ι]ν ὡς καθήκει ἀφ' ὧ[ν ἐὰν τελ]ειώσω ἐνεχυρ[α]σίας γραμμάτω[ν] ἔ[κ τε] τῶν π[ροκ]ειμέν[ων ὑπ]αρχόντων* (dies ist das Hypallagma) *καὶ ἐ[ξ ὧν ἄ]ν ἄλλων εὑρίσκ[ω] αὐτῆς ὡς καθ[ή]κει.*

Die angedrohte Vollstreckung soll demnach stattfinden aus dem Hypallagma und dem Vermögen der Erblasserin, nicht dem der Erben: *ἐξ ὧν ἂν ἄλλων εὑρίσκω αὐτῆς*, nicht *αὐτῶν*. Dies ist eine an Klarheit nichts zu wünschen übrig lassende präzise Sprache, noch dazu die des an der Sache interessierten Gläubigers, und wenn man sich die sonstige Genauigkeit gerade dieser die Vollstreckung einleitenden Eingaben, die auch für die Erkenntnis der diversen Pfandformen entscheidend waren, vor Augen hält, wird man ihren Beweiswert um so höher anschlagen.

Noch in zwei weiteren Urkunden richtet sich die Vermögensvollstreckung gegen die Erben des Schuldners. Im Falle von P. Lips. 120 = Chrest. II 230 (erstes Jahrh.) ist auf Grund eines Schuldscheins des verstorbenen Harpalos der *χρηματισμὸς περὶ πράξεως* den Söhnen und Erben des Schuldners zugestellt worden (lin. 9/10: *τοῖς ἑα[υτοῦ] υἱοῖς καὶ κληρονό(μοις) Ἀμόϊτι καὶ Παμύρει ἵν' εἰδῶσι*). Darauf heißt es lin. 11f.:

> *[μηδε]μιᾶς μοι διευλυτήσεως μηδ[ὲ] ἀντιρρήσεως γενομ(ένης) ἐνεχυράζω ἐπὶ τ[. . .] παρ . [. . . . .]ωρος ἐπὶ ὁ πρά(κτωρ) τὰ ὑπάρχοντα πάντα Ἁρπάλ(ου) ἐπὶ τ[ο]ῦ[*

Damit bricht der Papyrus ab und so ist ihm gar nichts Sicheres zu entnehmen: aber bemerkenswert bleibt es auch hier, daß der Praktor auch hier zum gesamten Vermögen des Erblassers in Beziehung gesetzt erscheint. Dazu trat jüngst der nun von P. M. Meyer, Jur. Pap. Nr. 48 in extenso edierte P. Berol. 11664 (a⁰ 133 p.), wo ebenfalls ein *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* auf Grund einer hypallagmatisch gesicherten notariellen Schuld nach dem Tode der Schuldnerin Isidora ihren Erben zugestellt werden soll (lin. 23: *[κληρο]νόμοις τελείοις*). Auch hier soll gemäß lin. 38f. die *πρᾶξις* stattfinden aus dem hypallagmatisch verpfändeten Haus

> *καὶ ἐξ ὧν ἐὰν ἄλλων [ἕ]λεῖν* (?) *κ[ελ]εύω τῆς ὑποχ[ρέ]ου εἰς ἐνεχυρασίαν ἐπὶ τῶν τόπων [ὑπα]ρχ[όν]των καὶ ἑτέρ[ω]ν ἀπαραποδίστως τοῖς προστεταγμένο(ις) [ἀ]κ[ολού]θως.*

Die Ergänzung ist, wie der Herausgeber S. 160 zu lin. 45f. selbst zugibt, nicht völlig gesichert und klar. Doch entspricht das Petit dem aus BGU. IV 1038 = Chrest. II 240 bekannten, und es ist völlig deutlich,

daß die Vornahme der Pfändung auch hier allein in bezug auf das Vermögen der verstorbenen Schuldnerin, nicht das ihrer *κληρονόμοι* gewünscht wird.

Diese Urkunden sind zweifellos geeignet, die Ergebnisse der Partschschen Forschung mit starken Indizien zu stützen: sie stellen das Prinzip beschränkter Erbenhaftung auch für das hellenistische Privatrecht der früheren Kaiserzeit m. E. außer Zweifel. Dabei gestatten sie noch zwei weitere Feststellungen.

Zunächst soll im Sinne der in diesen Eingaben in Erscheinung tretenden Formulare die Vollstreckung stets in die *ὑπάρχοντα* des Erblassers stattfinden. Dies spricht für eine prinzipielle Ausgestaltung der Erbenhaftung cum viribus hereditatis. Eine pro viribus-Haftung würde ein anderes Formular erheischen.

Daß die Erben des Schuldners dessen Kinder sind, ist nur in dem am wenigsten deutlichen Fall in Lips. 120 direkt zu ersehen. Doch wird in dem deutlichsten Fall, in BGU. III 888, wo die Erben dem Gesuchsteller noch nicht bekannt sind, wo aber mit der Eventualität minderjähriger Erben gerechnet wird (in P. Berol. 11664 sind sie volljährig), das Verfahren ebenfalls vor allem auf diese Wahrscheinlichkeit eingestellt. Daraus folgt m. E., daß die Haftung auch für die Deszendenz des Erblassers eine bloß beschränkte war und daß die Annahme einer besonderen Behandlung dieser dem Erblasser am nächsten stehenden Erbenklasse, womit öfter gerechnet wurde, auch nicht begründet ist.

Nur in einem einzigen Fall der Papyri soll, soweit ich sehe, die privatrechtliche Vollstreckung in das eigene Vermögen des Erben erfolgen: in BGU. 378 = Chrest. 60 (lin. 24: *ὅπως ἐν[β]ιβασθῇ [εἰ]ς τὰ ὑ[π]άρχο[ν]τά μοι*) (s. zuletzt Jörs, diese Zeitschr. 34, 150f.; 40, 27f., 44, 67). Hier streiten jedoch römische Parteien miteinander (wiewohl wir nicht sicher wissen, ob und inwieweit dies ohne weiteres die Anwendung römischer Rechtsprinzipien zur Folge gehabt), vor allem aber gelang es dem Gläubiger, über seinen Verwahrungsanspruch vom Erben einen Schuldschein zu erhalten, so daß das Verfahren sich nunmehr auf dessen eigenen Schuldtitel gründet. Es könnte aber naheliegen, zu fragen, ob das Interesse des Gläubigers an der Erpressung dieses Schuldscheins nicht durch die Art der Erbenhaftung im Provinzialrecht veranlaßt gewesen ist?

Partsch hatte, Bürgschaftsrecht 232, für das altgriechische Recht mit dem weiteren Grundsatz gerechnet, wonach „der Erbe nicht hafte, wenn er nach dem Erbfall den Gläubigern den Zugriff auf die Nachlaßsachen verstattet“, beziehungsweise „dem späterhin hervortretenden Gläubiger den Nachlaß zur Befriedigung herausgibt“. Auch dies entspricht germanischen Parallelerscheinungen, wofür Belege in der Quellendarlegung Stobbes, Jahrb. d. gem. Rechts 5, 293f. zu finden sind. Daß dieser Grundsatz sich im hellenistischen Rechtskreis zäh erhalten hat, geht neuerdings besonders schön aus P. Rylands II 117 (a° 269) hervor, wo die Römerin Aurelia Tinoutis, vom Gläubiger Eudaimon ihres verstorbenen Bruders bedrängt, den Strategen um die Zustellung ihrer Eingabe ersucht: „*ἀφισταμένη καὶ ἐξισταμένη τῷ Εὐδαίμονι τῆς*

τοῦ ἀδελφοῦ μου κληρονομίας πρὸς τὰ αὐτῷ ὀφειλόμενα καὶ [π]ρὸς εἴ τι ἕ[τ]ερον ὀνόματι τοῦ αὐτοῦ ἀδελφοῦ μου ζητηθείη." Dabei beruft sich die Gesuchstellerin lin. 14 auf *θεῖοι νόμοι*. Doch fühlt Kreller, der diese Urkunde im Nachtrag S. 411f. noch behandeln konnte, bei ihrer Konfrontierung mit der römisch-rechtlichen Überlieferung deutlich, daß sie sich dieser schwer einfügen läßt. M. E. liegen ihr griechische Gedanken zugrunde und sie steht in direkter Parallele zu den Erscheinungen, die Partsch aus den altgriechischen Quellen für seine These beibrachte.

Sehr schwierig ist m. E. die Frage, ob und inwieweit sich die Haftung für die Schulden des Erblassers auf alle diejenigen erstreckte, die aus dem Nachlaß etwas erhielten. Partsch hatte damit in weitgehendem Maße gerechnet. Wie wir im voranstehenden sahen, richten sich in den Belegen der Papyri die Nachlaßforderungen stets gegen den *κληρονόμος*. Daß dieser nur insoweit haftet, als er aus dem Nachlaß etwas erhielt, ergibt sich aus dem eben Ausgeführten. Allein in dem bloß fragmentarisch bekannten *διαστολικόν* P. Lips. Inv. Nr. 610, auf den Kreller 36 [3] hinweist, soll den *κληρονόμοι* der Schuldner *ἢ τοῖς ἐπικρατοῦσιν [τῶν ὑπαρχόντων αὐτῶ]ν* zugestellt werden. (ed. Koschaker, diese Zeitschr. 29, 27 [3]). Doch ist hiermit allein nichts anzufangen. Wie steht es mit der Haftung desjenigen, der neben dem *κληρονόμος* aus dem Nachlaß sonst noch etwas erhielt? Die Frage hängt mit dem oben S. 348/9 berührten Problem der Universalsukzession beim Vorliegen letztwilliger Verfügungen zusammen. Sie bedarf, wie gesagt, noch weiterer Förderung.

Dieser Behandlung der privatrechtlichen Haftung gegenüber hat Kreller S. 43f. sicher zutreffend das abweichende Prinzip der Haftung für öffentlich-rechtliche Verpflichtungen erkannt: hier galt zweifellos persönliche Haftung des Erben. Dabei möchte ich annehmen, daß diese Gestaltung der Dinge nicht auf den Einfluß römischer Anschauungen auf diesem Gebiet zurückgeht, sondern ebenfalls auf alte griechische Rechtssätze, wofür sich das Material aus den Darstellungen von Partsch und Demisch ergibt. Diese abweichende Behandlung der publizistischen Haftung ließ sich bezüglich Ägyptens auch für das Gebiet der Sachhaftung feststellen, und auch da war sie schon dem ptolemäischen Staate geläufig, was soeben im Kommentar von Partsch zu den demotischen Bürgschaftsurkunden neuerliche Bestätigung findet (Abh. d. sächs. Akad., phil.-hist. Kl. 32, 642f.).

Andererseits ist es eine sehr naheliegende Frage, ob die Entwicklung der privatrechtlichen Erbenhaftung im römischen Recht der späteren Kaiserzeit nicht durch die Gedanken des griechischen Rechts beeinflußt war. Sicher freilich läßt sich derartiges nicht beweisen, es stünde aber mit vielfacher sonstiger Erfahrung im Einklang. Es darf denn auch m. E. mit großer Wahrscheinlichkeit angenommen werden, daß dies schon bei der diesbezüglichen Reform Gordians auf dem Gebiete des Soldatenerbrechts (C. J. 6, 30, 22 pr.; J. 2, 19, 6) der Fall gewesen ist.

(Fortsetzung folgt im nächstjährigen Bande.)

Leipzig. A. B. Schwarz.





ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

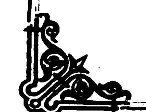
L. MITTEIS, O. GRADENWITZ, E. SECKEL,
E. HEYMANN, U. STUTZ, A. WERMINGHOFF.

VIERZIGSTER BAND

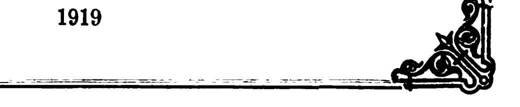
LIII. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1919



Die romanistische, germanistische und kanonistische Abteilung dieser Zeitschrift sind getrennt von einander zu beziehen.



Jeder Band dieser Zeitschrift zerfällt in drei selbständige und auch für sich käufliche Abteilungen, in eine romanistische, eine germanistische und eine kanonistische.

Zusendungen für die romanistische Abteilung werden erbeten zu Händen des geschäftsführenden Mitgliedes ihrer Redaktion, des Herrn *Geheimen Rats Professor Dr. Ludwig Mitteis in Leipzig* (Hillerstraße 9).

Zusendungen für die germanistische Abteilung werden erbeten zu Händen des geschäftsführenden Mitgliedes ihrer Redaktion, des Herrn *Geheimen Justizrats Professor D. Dr. Ulrich Stutz in Berlin* (W 50, Kurfürstendamm 241).

Zusendungen für die kanonistische Abteilung werden, soweit es sich um Manuskripte von Abhandlungen und Miszellen handelt, erbeten zu Händen des Herrn *Geheimen Justizrats Professor D. Dr. Ulrich Stutz in Berlin* (W 50, Kurfürstendamm 241); Rezensionsexemplare und Manuskripte von Besprechungen sind dagegen einzusenden an Herrn *Geheimen Regierungsrat Professor D. Dr. Albert Werminghoff in Halle an der Saale* (Ernestusstraße 6).

* * *

Zur Sicherung rechtzeitigen Erscheinens der Bände sind die Unterzeichneten, als geschäftsführende Mitglieder der Redaktion, mit der Verlagsbuchhandlung übereingekommen:

Manuskripte für Abhandlungen nur anzunehmen, wenn sie bis spätestens 15. Juli des betreffenden Jahres in ihren Händen sind.

Als spätester Termin für die Einsendung von Miszellen ist der 1. September angesetzt worden.

Ausnahmen zu gestatten behalten sich die Unterzeichneten der Verlagsbuchhandlung gegenüber vor.

Da die Zeitschrift der Savigny-Stiftung in erster Linie die Veröffentlichung selbständiger wissenschaftlicher Abhandlungen zur Aufgabe hat, können die unterzeichneten geschäftsführenden Mitglieder der Redaktion keine Gewähr dafür übernehmen, daß jede der Redaktion zur Besprechung eingesandte Schrift einer Rezension unterzogen werde. Vielmehr können Rezensionen nur nach Maßgabe des jeweils verfügbaren Raums veröffentlicht werden. Doch werden die im Laufe jedes Jahrs eingegangenen, nicht zur Besprechung gelangenden Werke, sofern sie im Buchhandel selbständig erschienen sind, am Schluß jedes Bandes erwähnt werden, und zwar auch dann, wenn die Besprechung für einen späteren Band der Zeitschrift in Aussicht genommen ist.

Ludwig Mitteis. *Ulrich Stutz.* *Albert Werminghoff.*

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.




DEMCO